BnF Gallica

R. Carré de Malberg. La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la constitution de [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

BnF Gallica

Carré de Malberg, Raymond (1861-1935). R. Carré de Malberg. La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875. 1931.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
- La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

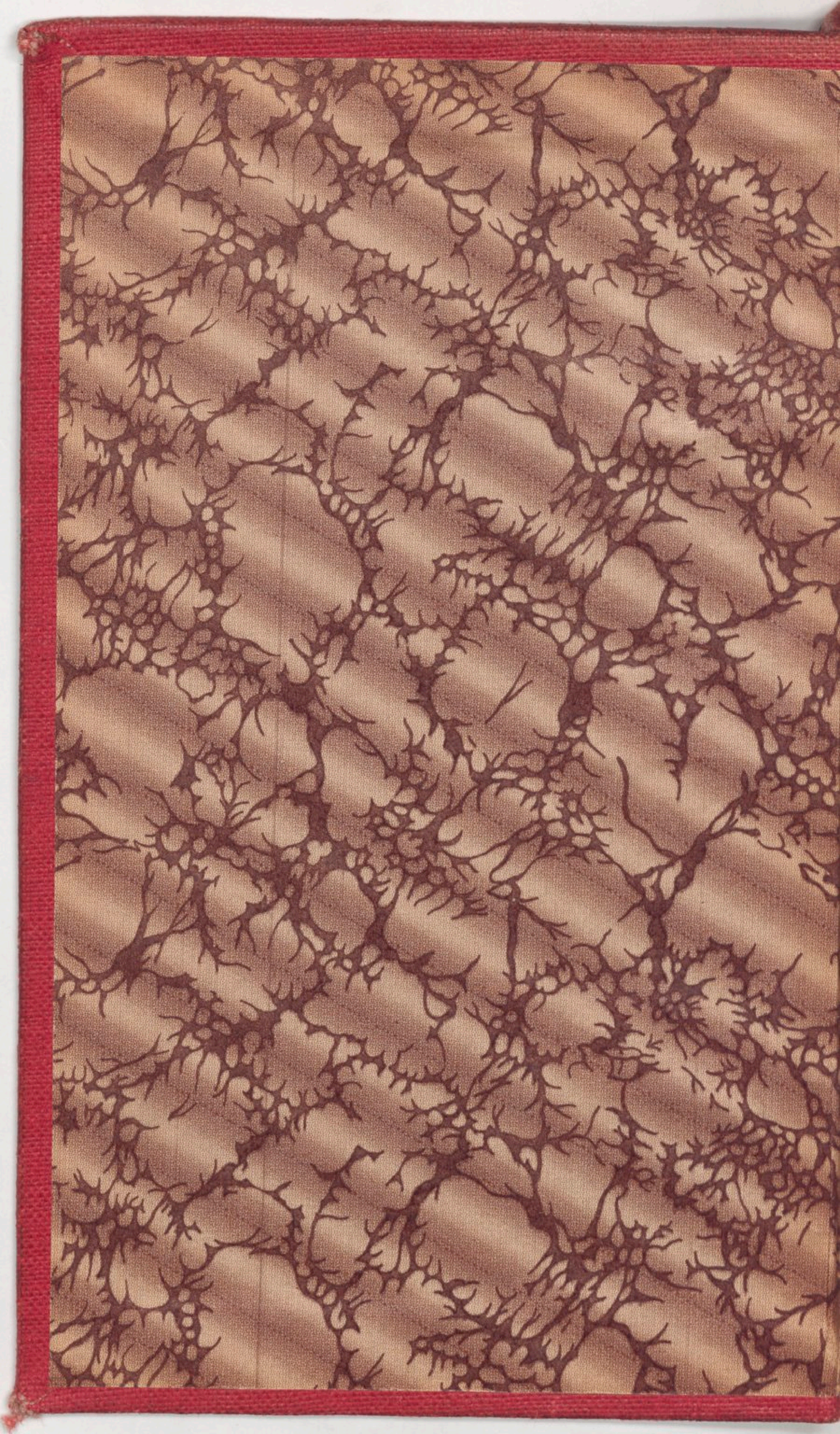
4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter
utilisationcommerciale@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France



8° F
34090

R. CARRÉ DE MALBERG

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Strasbourg.

La Loi,

expression de la volonté générale.

Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e

1931

22554

La Loi,

expression de la volonté générale.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

8° F
34090

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE

BAR-LE-DUC

R. CARRÉ DE MALBERG

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Strasbourg.

La Loi,
expression de la volonté générale.

Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e

1931

- 7 MARS 1931
DEPOT LEGAL
B.N. VOLUMES
Editeurs
A0251i

7 MARS 1951
DEPOT LEGAL
B.N. VOLUMES
Editeurs
40521

AVERTISSEMENT

La présente étude n'a point pour but de discuter et d'apprécier des idées ou des doctrines, mais seulement de constater et d'établir, d'après les données fournies par le droit positif en vigueur, l'un des points capitaux du système constitutionnel français actuel. Je me propose de montrer que la Constitution de 1875 a appliqué et s'est par conséquent approprié, touchant la notion de loi et de pouvoir législatif, le concept énoncé dans le célèbre article 6 de la Déclaration des Droits de 1789, et je voudrais surtout mettre en clarté l'influence que ce concept a exercé sur les institutions consacrées en 1875.

Pour fournir cette démonstration, j'utiliserai — en les rassemblant, en les coordonnant et en les mettant au point — les observations et les résultats que j'ai déjà eu occasion de recueillir sur le même sujet dans diverses études antérieures (*), *auxquelles je me permets, pour maints détails, de renvoyer par avance le lecteur.*

(Juillet 1930.)

(*) *Contribution à la Théorie générale de l'État*, tomes I et II, 1920-1922.

La question de la Délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar (Bulletin de la Société de législation comparée, 1925).

La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 (Revue politique et parlementaire, 1927).

Observations sur le fondement juridique de la force obligatoire de la loi (Revista de Drept public, Bucarest, 1927).

La distinction des lois matérielles et formelles et le concept de loi dans la Constitution de Weimar (Bulletin de la Société de législation comparée, 1928 et 1929).

Note sur la question de « *la Sanction juridictionnelle des principes constitutionnels* » (Annuaire de l'Institut international de Droit public, 1929).

SOMMAIRE

CHAPITRE I

LES DIVERSES CONCEPTIONS ÉMISES DANS LES TEMPS MODERNES TOUCHANT LA LOI ET LE POUVOIR LÉGISLATIF

Pages.

1. La disposition de l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : son importance en raison des conséquences qui en découlent quant à la notion de pouvoir législatif..... 1
2. Silence gardé par l'article 1er précité sur le point de savoir quels sont les objets qui nécessitent une loi émanée des Chambres..... 3

⁂

3. Définitions habituellement données de la loi..... 3
4. Le concept de la loi règle générale..... 4
5. Origines de ce concept dans les doctrines de Montesquieu et de Rousseau..... 4
6. Le concept de la loi règle de droit..... 6
7. Causes monarchiques qui ont favorisé la propagation de ce concept, et attaches de celui-ci avec la théorie séparatiste de Montesquieu..... 6
8. La notion de « droit » selon ce concept..... 8
9. Conséquences découlant de la théorie de la loi règle de droit. . 9
10. Comment les théories qui définissent la loi une règle générale ou une règle de droit ont provoqué la distinction dualiste des lois matérielles et des lois formelles..... 11
11. Impossibilité de concilier cette distinction dualiste avec la notion unitaire qui ressort de la Constitution de 1875 touchant le pouvoir législatif ; et par suite, impossibilité aussi d'admettre les théories qui définissent la loi une règle générale ou une règle de droit..... 14
12. Quel est présentement le concept de la loi qui se trouve contenu dans la Constitution de 1875?..... 15

Pages.

13. Principes fondamentaux posés par la Constitution de 1791 touchant le pouvoir législatif et la loi 16
14. La loi expression de la volonté générale 16
15. La loi œuvre du peuple, tous les citoyens étant représentés à sa confection 17
16. Le Corps législatif, représentant unique de la nation 17
17. La représentation, pouvoir de vouloir pour la nation 19
18. Signification véritable de la distinction du représentant et du fonctionnaire : opposition essentielle entre le Parlement, qui figure le souverain, et les autres titulaires de fonctions de puissance, qui ne sont que de simples autorités 20
19. Conséquence de ces principes : la primauté de la loi 22
20. Autre conséquence : Est loi tout décret émis en forme législative par le Corps législatif. — Fondement et portée de cette notion de la loi 22

21. Position dans laquelle s'est trouvée l'Assemblée nationale de 1871 pour l'accomplissement de sa tâche de reconstruction constitutionnelle 24
22. Retour au concept de 1789-91, suivant lequel le Parlement est le représentant de la volonté générale 26
23. Influence que ce concept devait exercer, dans la Constitution de 1875, sur la notion de loi 26

CHAPITRE II

LA DISTINCTION DU POUVOIR LÉGISLATIF ET DU POUVOIR EXÉCUTIF D'APRÈS LA CONSTITUTION DE 1875.

1. Méthode suivie par la Constitution de 1875 pour déterminer les attributions et facultés de l'Exécutif 29
2. Caractère dérivé de ces attributions, dont chacune présuppose un octroi spécial fait par un texte 30
3. Que faut-il entendre par exécution des lois ? 31
4. Nature du rapport qui s'établit entre l'acte exécutif et la loi dont il est l'exécution 33
5. L'acte exécutif, s'il n'est pas un acte législatif, doit, du moins, être un acte légal 34

Pages.

6. Extension de l'idée d'exécution aux actes faits par l'Exécutif en vertu d'un texte constitutionnel..... 36
7. Principe de la spécialité des habilitations données par les lois à l'Exécutif 36
8. Comment la matière de la loi se déduit des termes dans lesquels la Constitution de 1875 définit le pouvoir exécutif 37
9. Caractère formel de la notion de loi d'après la Constitution de 1875 . 38
10. Enseignement résultant en ce sens de l'attitude prise par la Constitution à l'égard du pouvoir réglementaire..... 39
11. Nécessité de définir la loi par les forces qui n'appartiennent qu'à elle et qui sont communes à toute loi..... ... 41
12. Première force de la loi, quant à la puissance initiale dont elle est capable..... 41
13. La primauté de la loi par rapport au pouvoir exécutif..... 43
14. Portée statutaire de la loi..... 43
15. D'où vient le caractère à la fois exclusif et illimité de la puissance initiale propre à la loi ?..... 45
16. Comment par la consécration de cette puissance initiale la Constitution de 1875 rejoint le concept révolutionnaire de la loi expression de la volonté générale..... 46
17. L'Exécutif simple autorité en face du Parlement souverain 47
18. Deuxième force de la loi, quant à la puissance de valeur de son contenu..... 48
19. Force différente que prend une même règle, selon qu'elle est édictée par loi ou par décret..... 48
20. Comment l'intangibilité absolue de la loi à l'encontre de toutes autorités autres que le Parlement implique l'identification du pouvoir législatif avec la souveraineté..... 50
21. Conclusion qui ressort de ces diverses constatations quant au concept de loi consacré par la Constitution de 1875 51

22. Première conséquence du concept actuel de la loi : exclusion de la théorie dualiste des lois matérielles et des lois formelles.. 52
23. Motifs de cette exclusion..... 53
24. Pourquoi la Constitution de 1875 n'a pu essayer de définir le domaine matériel de la loi..... 54
25. Comment la notion de loi matérielle est née de ce que les Constitutions modernes ont adopté un concept de la loi différent de ceux venus du passé 56
26. Critique de la théorie qui définit la loi matérielle par la règle dite de droit..... 56
27. Objections contre la théorie qui fait dépendre la notion de règle de droit de la généralité de la disposition..... 57

Pages.

28. Objections contre la théorie qui réserve le nom de règles de droit à celles régissant les particuliers et qui, par suite, prétend que seules les règles de cette espèce dépendent, en principe, du pouvoir législatif..... 59

29. Raisons qui permettent au Président de la République d'exercer, en fait, une activité réglementaire spontanée en ce qui concerne les services publics..... 61

30. Pourquoi ces raisons demeurent impuissantes à légitimer la pratique de règlements présidentiels non habilités, quand il s'agit du droit applicable aux particuliers..... 61

31. Est-il vrai que la Constitution de 1875 n'a réservé, en principe, au pouvoir législatif des Chambres, que les règles touchant au droit des particuliers?..... 62

32. Est-il possible d'admettre que les règles relatives aux affaires d'État, parce qu'elles n'intéressent pas le statut juridique des citoyens, ne sont point génératrices de droit?..... 64

33. Étant donné que toute loi crée du droit, il ne peut être question d'admettre une catégorie de lois qui seraient uniquement des lois formelles..... 65

34. Étant donné que la Constitution fait dépendre la notion et la force de loi d'une condition d'origine parlementaire, il ne peut être question d'admettre une catégorie de lois qui seraient uniquement des lois matérielles..... 66

35. Caractère souverain du pouvoir législatif..... 67

36. Deuxième conséquence du concept actuel de la loi : exclusion de la possibilité de délégations de la puissance législative 69

37. Origines de la théorie qui voit dans l'habilitation donnée par une loi au règlement d'administration publique une délégation de pouvoir législatif..... 69

38. Objection tirée contre cette théorie du principe de la souveraineté nationale : insuffisance de cet argument..... 71

39. Objection tirée contre cette théorie, quant à la recevabilité du recours pour excès de pouvoirs, de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872..... 72

40. Vraie raison de l'impossibilité des délégations de puissance législative..... 73

41. Une puissance déléguée, c'est-à-dire non initiale, ne peut être de la puissance législative..... 74

42. Application aux facultés régulatrices exercées dans l'État par les collectivités territoriales subalternes entre lesquelles il se subdivise..... 74

43. Surtout, le Parlement ne peut transmettre à aucune autorité

Pages.

la qualité de représentant de la volonté générale en laquelle il est seul capable de légiférer..... 76
44. Qualité en laquelle l'Exécutif fait les règlements..... 76
45. Différences essentielles qui résultent des qualités respectives de puissance du Parlement et de l'Exécutif, entre la règle de droit édictée par une loi et celle édictée par décret 77
46. Conclusion à déduire de ces différences quant à la nature des habilitations données par les lois aux règlements..... 79

⁂

47. Troisième conséquence du concept actuel de la loi : étendue illimitée des possibilités d'habilitation législative du règlement. 80
48. Position prise en ce sens par le Conseil d'État, qui en revient, à ce propos, à l'idée de délégation législative..... 80
49. Fondement de ce maintien de l'idée de délégation selon la jurisprudence du Conseil d'État 81
50. Doctrine opposée d'auteurs qui nient la possibilité d'habiliter le règlement en certaines matières, parce qu'ils voient dans une telle habilitation une délégation législative..... 82
51. Affinités qui, malgré leurs conclusions opposées, unissent ces deux thèses..... 82
52. Critique de chacune de ces deux thèses, en tant que l'une et l'autre fondent la distinction des deux pouvoirs législatif et réglementaire sur un critérium d'ordre matériel..... 83
53. Absence, dans la Constitution de 1875, de toute indication permettant d'établir une classification des matières soit législatives, soit réglementaires..... 85
54. Comment le concept actuel de la loi a conduit la Constitution de 1875 à laisser au Parlement le pouvoir de fixer législativement la matière des règlements..... 86
55. Réfutation de la théorie suivant laquelle l'extension prise par la pratique des habilitations données aux règlements serait due à une formation coutumière survenue depuis 1875..... 88
56. Souplesse de la méthode suivie par la Constitution de 1875 quant à la distinction des domaines de la loi et du règlement..... 89
57. Importance et nature de la puissance qu'a le Parlement de fixer législativement le domaine matériel du pouvoir réglementaire..... 90
58. Lien étroit entre le système de la possibilité des habilitations réglementaires illimitées et l'absence, dans la Constitution de 1875, d'un contrôle de constitutionnalité sur les lois..... 91
59. Différence existant, à cet égard, entre le système actuel français et celui des États où il existe un contrôle sur les lois..... 92
60. Rejet de la théorie qui prétend imposer des limitations maté-

Pages.

rielles aux habilitations législatives susceptibles d'être données au règlement 94

61. Condamnation portée contre cette théorie par les lois d'habilitation du 22 mars 1924 et du 3 août 1926 95

62. Rejet de la théorie du Conseil d'État qui traite certaines habilitations, à raison de leur matière, de délégations législatives 98

63. L'habilitation donnée au règlement s'analyse en une répartition de matières et non en une délégation législative matérielle : argument fourni en ce sens par la déconstitutionnalisation de 1884 98

64. Des habilitations autorisant l'Exécutif à modifier une loi par décret 99

65. Comment par l'étendue de son pouvoir d'habilitation le Parlement apparaît comme jouant un rôle d'organe constituant plutôt que de Législature 100

CHAPITRE III

QU'EST-IL RESTÉ, DANS LA CONSTITUTION DE 1875, DE LA DISTINCTION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES ET DES LOIS ORDINAIRES?

1. La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires peut-elle se concilier avec le concept de la loi expression de la volonté générale? 103

2. Dans quelle mesure cette distinction se trouve-t-elle établie en France? 104

3. De la brièveté des lois constitutionnelles de 1875 104

4. De la coutume dite constitutionnelle 105

5. A quelle cause principale faut-il rattacher la brièveté de la Constitution de 1875? 108

6. Fondement originaire de la séparation née en Amérique entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif 109

7. Différence fondamentale entre le concept américain de la Législature, simple autorité constituée, et le concept révolutionnaire français du Corps législatif, représentant du souverain 110

8. Conséquence tirée de ce second concept par la Constitution de 1791, qui donne à la Législature la haute main sur la revision 111

9. Puissance actuellement conférée au Parlement par la Constitution de 1875 sur la revision 113

10. Comment le concept du Parlement représentant la volonté générale implique qu'il aura qualité pour exprimer en toute matière cette volonté 114

Pages.

11. De la primauté résultant pour le Parlement de son pouvoir sur la Constitution..... 116

⁂

12. Première manifestation de l'effacement de la distinction entre pouvoirs législatif et constituant : puissance laissée au Parlement quant aux questions d'organisation des pouvoirs..... 116
13. Impossibilité de qualifier de rigide une Constitution aussi brève que celle de 1875..... 117
14. Le silence de la Constitution touchant les libertés individuelles. 119
15. Conséquence de ce silence quant à la question de la possibilité pour les particuliers d'exciper, devant les tribunaux et contre l'application juridictionnelle d'une loi, de l'inconstitutionnalité du dispositif de cette loi..... 121
16. Tentatives faites par certains auteurs pour fournir aux recours pour cause d'inconstitutionnalité contre les lois la matière qui leur fait défaut dans la Constitution de 1875..... 122
17. Objections contre la théorie qui revendique pour les tribunaux le pouvoir de créer contre les lois, par leur seule jurisprudence, des causes d'inconstitutionnalité..... 123
18. Il faudrait une revision de la Constitution de 1875 pour faire naître, en faveur des particuliers et de leurs droits individuels, la possibilité de recours pour cause d'inconstitutionnalité contre les lois..... 124

⁂

19. Deuxième manifestation de l'absence de séparation entre pouvoirs législatif et constituant : système revisionniste de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui rend le Parlement maître des revisions..... 126
20. Obstacle qui en résulte pour l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité sur les lois..... 127
21. Rapports entre la question de cette introduction et le concept du Parlement représentant la volonté générale..... 129
22. Contraste résultant de ce concept entre la question de l'inconstitutionnalité des lois et celle de l'illégalité des règlements... 129
23. Conséquence découlant de ce même concept quant à la question de l'interprétation des lois constitutionnelles..... 130
24. Monopole attribué aux Chambres par l'article 8 précité à l'effet de décider si une loi en délibération nécessite une procédure de revision..... 132
25. Conclusion à tirer des pouvoirs que possède actuellement le Parlement sur la Constitution et sur sa revision..... 133

Pages.

26. Les lois constitutionnelles de 1875 réalisent-elles pleinement la notion de Constitution ? Raisons d'en douter..... 134

27. Système qui lie la notion de Constitution à la séparation de l'organe constituant et de l'organe législatif..... 135

28. Système qui, sans aller jusqu'à cette séparation organique, rétablit la distinction entre lois ordinaires et lois constitutionnelles par le moyen consistant à subordonner les modifications apportées à celles-ci par le Parlement à la condition d'un vote émis par une majorité renforcée 136

29. A défaut d'une Constitution au sens rigide du mot, avantage que présente pour la France le système de brièveté et de souplesse des lois constitutionnelles de 1875..... 138

CHAPITRE IV

DU FONDEMENT JURIDIQUE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA LOI SELON LE DROIT PUBLIC FRANÇAIS ACTUEL

1. Rappel des anciennes formules impératives, d'origine monarchique, par lesquelles le chef de l'État adressait jadis aux citoyens et aux fonctionnaires un commandement d'obéissance à la loi ou d'exécution de la loi, lors de la naissance de celle-ci..... 141

2. Théorie qui distingue, dans la confection de la loi, l'adoption du texte législatif et le commandement destiné à donner à ce texte force législative..... 142

3. Disparition actuelle de tout commandement accompagnant l'adoption de la loi par les Chambres ou y faisant suite..... 143

4. Le pouvoir législatif des Chambres ne consiste qu'en adoption de textes..... 144

5. Tentatives faites depuis 1875 pour trouver dans la promulgation présidentielle des lois le commandement qui leur donne force exécutoire..... 145

6. Absence de tout commandement dans la formule du décret promulgatoire, qui est bien la condition de l'entrée en exécution des lois, mais non la cause génératrice de leur force exécutoire..... 146

7. Comment le concept de la loi expression de la volonté générale exclut la possibilité d'un commandement législatif adressé à la nation..... 148

8. Exclusion, pour le même motif, d'un tel commandement adressé aux citoyens pris individuellement..... 150

Pages.

9. Du cas où l'autorité exécutive fait acte de puissance coercitive pour imposer l'obéissance à la loi à un citoyen qui ne s'y conforme pas..... 151

10. Nécessité de chercher le fondement véritable de la force obligatoire des lois dans les rapports de liaison qui unissent soit les citoyens, soit les autorités publiques, au législateur..... 153

11. Démonstration de ces rapports quant aux fonctionnaires, et obligation d'exécuter les lois qui naît pour ceux-ci du seul fait de l'adoption de la loi par les Chambres..... 154

12. Démonstration analogue quant aux citoyens..... 155

13. Comment la disparition du commandement législatif ajoute un nouvel argument à tous ceux qui tendent à prouver que la Constitution de 1875 a traité la loi comme l'expression de la volonté générale..... 156

14. Question du fondement de la force obligatoire des décrets du Président de la République..... 158

15. Question analogue qui se pose au sujet des traités conclus avec les États étrangers..... 159

16. Lien entre les deux questions précédentes..... 161

17. Nécessité pour tout décret présidentiel de remplir une condition de légalité..... 161

18. Portée de la distinction à établir entre l'acte législatif et l'acte légal..... 162

19. Les effets de la légalité des décrets présidentiels, notamment quant à leur force obligatoire..... 163

20. Comment les rapports nés, du fait de leur légalité, entre les décrets présidentiels et la volonté générale rendent superflu et même excluent tout commandement prétendant leur donner force exécutoire..... 165

21. Nécessité, pour les règles établies par des traités destinés à produire effet en droit français, de remplir une condition de légalité..... 166

22. Est-il vrai que le vote législatif émis par les Chambres en vue d'autoriser la ratification d'un traité convertit celui-ci en loi française?..... 168

23. Effets de la légalité de l'acte présidentiel de ratification des traités, quant à la force obligatoire qu'auront en France les règles créées par traité..... 170

24. Uniformité de cause de l'absence de commandement quant aux lois, aux décrets présidentiels et aux traités..... 172

CHAPITRE V

LA PRIMAUTÉ DU PARLEMENT VIS-A-VIS DE L'EXÉCUTIF SOUS LA CONSTITUTION DE 1875

Pages.

1. Unité nécessaire de la représentation de la volonté générale... 175
2. Comment cette unité se retrouve jusque dans la dualité de Chambres établie en 1875 et 1884..... 175
3. Manifestations actuelles de cette unité dans les rapports entre le Parlement et l'Exécutif, tels qu'ils se trouvent réglés dans le régime parlementaire organisé en 1875..... 176
4. Théorie dualiste qui prétend trouver dans le régime parlementaire établi par la Constitution de 1875 un système d'égalité ou d'équilibre des pouvoirs dans les rapports entre Parlement et Exécutif : origines de cette théorie..... 177
5. Argument tiré, en faveur de cette théorie dualiste, de la division des pouvoirs opérée par la Constitution de 1875 entre le Parlement et l'Exécutif..... 178
6. Critique de cette théorie dualiste..... 180
7. Négation d'une égalité quelconque entre l'Exécutif et le Parlement : réfutation de l'argument tiré, à cet égard, de l'institution de la dissolution..... 181
8. Existe-t-il un équilibre réel entre les pouvoirs de l'Exécutif et ceux du Parlement?..... 183
9. Comment l'on a exagéré la valeur des pouvoirs qui résultent pour l'Exécutif des attributions présidentielles..... 183
10. 1re série de facultés présidentielles, qui ne sont pas pour l'Exécutif des facteurs de puissance véritable..... 184
11. 2e série de facultés présidentielles, qui ne sont pas susceptibles d'être exercées..... 186
12. 3e série de facultés présidentielles, qui ne sont pas instituées en faveur de l'Exécutif..... 187
13. Impossibilité de définir le parlementarisme fondé en 1875 par une idée d'équilibre entre Exécutif et Parlement..... 189
14. Cause fondamentale des différences existant entre le parlementarisme français et celui d'Angleterre..... 189
15. Difficulté de concilier le système parlementaire anglais avec le concept français du Parlement représentant la volonté générale. 190
16. Tendances opposées auxquelles a obéi la Constitution de 1875 en adoptant le régime parlementaire et qui se reflètent dans la façon dont elle a réglé ce régime..... 190
17. Lien qui relie le rejet en 1875 d'une Présidence populaire au concept du Parlement monopolisant la représentation de la volonté nationale..... 192

Pages.

18. Conséquences du mode de nomination du Président de la République, notamment quant au Ministère, qui n'est plus qu'un comité gouvernemental du Parlement..... 193

19. Le système français actuel du parlementarisme absolu, par opposition au parlementarisme avec dualité des pouvoirs.... 195

20. Est-il vrai que cette forme absolue du parlementarisme soit le produit d'une altération de la Constitution de 1875?..... 196

21. Comment le concept du Parlement représentant la volonté générale a mis obstacle, en 1875, à la création, dans l'Exécutif, d'un second centre de puissance nationale..... 197

22. Disparition, dans la terminologie constitutionnelle de 1875, de l'expression Corps législatif..... 198

23. Mouvement de réaction contre la puissance de domination actuellement exercée par le Parlement sur l'Exécutif..... 198

24. Insuffisance des exhortations adressées au Parlement en vue d'obtenir de lui qu'il modère bénévolement sa puissance..... 199

25. Propositions de réformes faites actuellement en vue de rétablir une séparation dualiste entre le Parlement et le Gouvernement..... 200

26. Objections que soulèvent ces demandes de réformes, en raison des nécessités de l'unité étatique..... 201

27. Ce n'est point par des moyens tirés uniquement de la séparation des pouvoirs, mais avant tout par des institutions démocratiques, qu'il peut être apporté des limitations à la puissance du Parlement..... 202

28. Exemple de combinaison du parlementarisme et de la démocratie offert par la Constitution de Weimar..... 204

29. Effets d'une combinaison de cette sorte quant à la question de la représentation de la volonté générale par le Parlement et quant à la question d'équilibre des pouvoirs entre le Parlement et l'Exécutif..... 209

CONCLUSION..... 215

LA LOI
EXPRESSION DE LA VOLONTÉ GÉNÉRALE

CHAPITRE PREMIER

LES DIVERSES CONCEPTIONS ÉMISES DANS LES TEMPS MODERNES TOUCHANT LA LOI ET LE POUVOIR LÉGISLATIF

1. — Un seul texte est consacré directement par la Constitution de 1875 au pouvoir législatif. C'est l'article 1er de la loi du 25 février, qui dit de ce pouvoir qu'il « *s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat* ».

Nos auteurs passent devant ce texte comme si son dispositif n'avait qu'une portée banale. Cela tient à ce que, dans cette phrase, ils mettent l'accent uniquement sur le mot « deux » : à leurs yeux, l'article 1er ne fait que consacrer, dès le départ, l'institution du Parlement en deux Chambres, à laquelle les constituants de 1875 ont attaché une si grande importance. Pour le surplus, a-t-on dit, les auteurs de la Constitution ne se sont pas souciés de dégager les éléments d'un corps de doctrine touchant le concept de pouvoir législatif : ils n'étaient nullement portés à se perdre en de telles spéculations. Mais ils ont employé le terme « pouvoir législatif » comme une expression usuelle, entrée dans le langage traditionnel et n'ayant point besoin qu'on s'attardât à en préciser la signification.

Nous croyons cependant que la Constitution de 1875 n'a pas pu dire que le pouvoir législatif était réservé aux Chambres, sans qu'elle se soit implicitement attachée à un certain concept touchant le fondement de l'idée de loi ou touchant les conditions

qui font que telle ou telle opération se rapportant à la législation est ou non un acte de puissance législative.

De fait, et indépendamment de l'adoption du système bicaméral, la disposition précitée de l'article 1er n'est nullement négligeable : elle contient, en tout cas, au sujet du pouvoir législatif, de multiples notions, dont la portée est considérable. Elle consacre, en effet, ce principe que, seules, nos Chambres peuvent faire soit une loi véritable, soit un acte de puissance législative proprement dite. De là découlent maintes conséquences notables :

Par exemple, l'article 1er condamne irrévocablement la théorie, si longtemps prépondérante, qui prétendait que les prescriptions édictées par un décret réglementaire ont nature de loi et que les règlements forment une législation secondaire, consécutive ou juxtaposée à la législation principale. Ce point de vue est inconciliable avec notre texte : car, puisque l'article 1er spécifie que les Chambres seules peuvent légiférer, il est manifeste qu'une règle décrétée par le chef de l'Exécutif ne peut, à aucun degré, être qualifiée loi; et de même, le pouvoir réglementaire exercé par le Président de la République ne peut aucunement être considéré comme une faculté de puissance législative.

Autre exemple : Certains auteurs ont soutenu que par la promulgation le chef de l'Exécutif fait acte de puissance législative, attendu qu'il confère à la loi, en la promulguant, une force qu'elle ne possédait pas encore, la force en vertu de laquelle la loi pourra être mise à exécution. La promulgation, d'après cette doctrine, aurait donc pour effet, de même que la sanction dans les monarchies d'autrefois, de parfaire la loi ; et elle apparaîtrait ainsi comme un élément de la formation des lois, donc comme une manifestation de pouvoir législatif. L'article 1er oppose à cette thèse une objection péremptoire. Car, en disant que le pouvoir législatif est exercé par les Chambres, il exclut la possibilité d'admettre que le Président de la République participe à l'exercice de ce pouvoir. Au sortir des Chambres et une fois la loi adoptée par elles, l'œuvre de la législation est achevée entièrement et l'exercice du pouvoir législatif est épuisé. La promulgation ne peut pas être une des opérations qui concourent à la confection des lois.

De même encore, c'est bien à tort que l'on rangerait parmi les actes de puissance législative l'initiative des lois. Il suffit que le droit d'initiative appartienne concurremment, d'après la Consti-

tution de 1875, aux membres du Parlement et au chef de l'Exécutif, pour que nous puissions affirmer que l'initiative n'est pas une attribution de pouvoir législatif. Car, selon l'article 1er, il n'y a de pouvoir législatif que dans les Chambres. L'initiative met bien en mouvement le pouvoir législatif : elle n'implique point participation à ce pouvoir. Cela est bien évident d'ailleurs, vu que proposer n'est pas disposer. Il n'y a, comme le donne à entendre l'article 1er, que les Chambres qui disposent : et c'est pourquoi le pouvoir législatif commence et finit en elles, ou plus exactement il se confond avec le pouvoir d'adoption des lois, qui est leur monopole exclusif. L'adoption seule est acte de puissance législative. Toutes les opérations qui la précèdent, ne font que préparer la confection de la loi ; toutes celles qui la suivent, ne sont que la conséquence de la naissance d'une loi qui, du seul fait de son adoption, est parfaite.

2. — Ainsi, il résulte immédiatement et formellement de l'article 1er que les Chambres seules sont capables de faire œuvre législative. Mais ce texte, qui est décisif sur ce premier point, laisse dans l'ombre une seconde question dont l'intérêt pratique et théorique est tout aussi considérable et qui est de savoir dans quels cas une loi est nécessaire. Cette question se pose spécialement dans les rapports entre les Chambres et l'Exécutif : quels sont les objets, ou encore quelles sont les sortes de règles, décisions ou mesures, qui forment la matière propre du pouvoir législatif et pour lesquels l'article 1er entend, par suite, exiger une intervention de l'organe de la législation, statuant au moyen d'un acte législatif? quels sont, au contraire, les objets ou les prescriptions que l'article 1er n'entend pas réserver à cet organe et pour lesquels il suffit d'un décret présidentiel? En d'autres termes, quel est le critérium de la distinction entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif, entre puissance qui n'est reconnue qu'au Parlement et compétence ouverte à l'Exécutif, entre matières législatives et matières qui ne font pas partie du domaine de la législation?

⁂

3. — S'il était vrai, comme on l'a prétendu, que la Constitution de 1875 a parlé du pouvoir législatif en s'en rapportant au sens usuel de ce terme et sans vouloir engager aucune conception

précise ou particulière touchant la notion de la loi, il faudrait rechercher en dehors de nos textes constitutionnels la solution du problème qui vient d'être posé et qui se pose, d'ailleurs, chaque jour dans la pratique. C'est ce qu'ont fait la plupart de nos auteurs. Ils définissent la loi, le pouvoir législatif, le domaine de la législation, sans se préoccuper ni du langage des textes de 1875, ni davantage du système général qui se dégage de ce langage quant à la distinction et à l'organisation actuelles des pouvoirs. La méthode employée par les auteurs consiste donc à puiser les éléments de la notion de loi dans les précédents fournis par la littérature traditionnelle, dans certaines théories célèbres venues du passé, et notamment dans des considérations tirées de la doctrine de Montesquieu, qui, on le sait, construit son système de classification et de séparation organique des pouvoirs en partant de la préoccupation de procurer aux citoyens une garantie tutélaire de la « sûreté » de leur statut juridique individuel (*Esprit des lois*, liv. XI, ch. 6).

Ces définitions classiques de la loi sont si connues qu'il suffira de peu de mots pour les rappeler.

4. — La première, celle qui a toujours tenu une place prépondérante dans les ouvrages de droit public, caractérise la loi comme une règle générale, c'est-à-dire une prescription qui ne vise ni un cas particulier et actuel, ni telles personnes déterminées, mais qui est édictée d'avance pour s'appliquer à tous les cas et à toutes les personnes rentrant dans les prévisions abstraites du texte régulateur. Ceci ne veut pas dire que la règle générale doive concerner tous les citoyens : une loi fixant les conditions d'éligibilité et d'élection du Président de la République, pose une règle générale, par cela seul qu'elle statue *in abstracto* et sans acception de personnes. De même, une loi qui établit un impôt extraordinaire à percevoir une seule fois, statue *generaliter*, bien qu'elle soit une loi de circonstance, parce qu'elle statue *erga omnes*.

5. — Ce n'est assurément pas dans la Constitution de 1875 que les auteurs qui définissent la loi par la généralité de la disposition, ont trouvé les éléments de cette définition. Nulle part, nos textes constitutionnels ne laissent entendre que le pouvoir législatif réservé aux Chambres consiste en émission de règles générales. Bien au contraire, il ressort de la Constitution que nombre

de mesures d'espèce ou d'exception ne peuvent être adoptées que par la voie législative, c'est-à-dire au moyen d'un acte législatif émané des Chambres. Et inversement, la Constitution de 1875 donne ouverture à un pouvoir réglementaire du Président de la République, qui permet à l'Exécutif d'édicter par décret un grand nombre de règles générales.

Il est donc visible que la théorie de la loi règle générale n'a pas été bâtie avec des matériaux fournis par notre droit constitutionnel positif. On la justifie par des considérations d'ordre rationnel, et en particulier par l'une des idées qui ont servi de base, dans les temps modernes, au régime dit de l'État de droit. Dans l'État de cette sorte, il a paru indispensable, en effet, que le droit applicable aux citoyens soit créé, non par voie de mesures actuelles et individuelles, qui pourraient être arbitraires ou partiales, mais au moyen de prescriptions préfixes, communes à tous les membres du corps national, et qui, par là même, offriront à ceux-ci des garanties d'impartialité ; en outre, les citoyens trouveront une garantie de sécurité dans le fait qu'ils savent par avance le droit qui pourra leur être appliqué par les agents administratifs ou qui devra leur être dit par le juge. Ainsi, la généralité du droit déterminant le statut individuel des citoyens apparaît comme la condition même d'un régime de légalité et comme un postulat essentiel du système de l'État de droit. Et l'on est amené, par suite, à concevoir la loi comme une institution dont la destination même est de fonder les règles générales, étant entendu que le contenu de la législation liera, avec une force supérieure, les administrateurs et les juges. Telle est l'idée directrice dont s'inspire Montesquieu (*loc. cit.*), lorsque, dans sa théorie séparatiste, il fait allusion à la généralité de la loi comme à quelque chose qui va de soi. La Révolution, de son côté, a fait à cette idée une large part, en posant en principe dans l'article 6 de la Déclaration des Droits de 1789 que la loi « *doit être la même pour tous, tous les citoyens étant égaux à ses yeux* ».

Selon Rousseau, le concept de généralité de la loi a une base plus large encore. Il procède de l'identification établie par Rousseau entre le pouvoir législatif et la souveraineté populaire, celle-ci coïncidant à son tour avec le pouvoir inhérent à la volonté générale. Rousseau définit la loi « l'expression de la volonté générale », en ce double sens qu'elle est l'œuvre du peuple entier et qu'elle statue pour ou sur le peuple entier. Elle est souveraine à raison de son origine populaire. Mais cette origine ne suffirait

pas, à elle seule, à lui imprimer le caractère de souveraineté : le peuple ne fait acte de puissance souveraine que lorsqu'il édicte des règles appelées à former l'ordre juridique de la communauté en son ensemble; une décision ou mesure particulière, même si elle a le peuple pour auteur, n'est plus qu'un acte de magistrature et non de souveraineté (*Contrat social*, liv. II, ch. 6; liv. III, ch. 1er). La loi doit donc être une volonté générale, à la fois, par son origine et par son contenu. Peu importe, d'ailleurs, l'objet auquel ce contenu se rapporte. Le concept de loi, dans la doctrine de Rousseau, ne répond plus seulement à la préoccupation d'assurer aux citoyens les bienfaits du régime de la légalité. Il repose sur l'idée que le souverain, c'est-à-dire le peuple, doit intervenir pour édicter, à titre de volonté et sous forme de règles générales, toutes les prescriptions qui commanderont l'activité des autorités subalternes préposées au gouvernement, à l'administration et à la justice. Et ceci s'étend aussi bien aux prescriptions relatives aux affaires publiques de la communauté, notamment au fonctionnement des services publics, qu'à celles qui visent soit le droit des particuliers et leurs relations mutuelles, soit leurs rapports avec l'État et ses agents.

6. — Ce sont ces vues séparatistes de Montesquieu ou démocratiques de Rousseau qui provoquent, de nos jours encore, la persistance de la doctrine qui voit dans la généralité de la disposition le signe distinctif de la loi et l'élément essentiel de sa définition. A côté de cette doctrine, il en est une seconde, fort répandue aussi et qui, pas plus que la précédente, n'est tirée des textes constitutionnels en vigueur, mais qui repose, elle aussi, sur des traditions léguées par le passé. Ici, l'on définit la loi par sa matière, c'est-à-dire au moyen d'une distinction entre des matières qui sont du ressort de la législation et d'autres qui peuvent être traitées par décret. La matière propre de la loi, dit-on, c'est la règle de droit. Et par suite, l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui réserve le pouvoir législatif aux Chambres, doit être entendu en ce sens que l'adoption des règles de droit forme le domaine propre de la compétence législative des assemblées parlementaires. Qu'entend-on, dans cette seconde théorie, par règle de droit?

7. — La propagation du concept qui identifie la loi avec la règle dite de droit, est due à des causes historiques, qui datent

de l'époque où se sont établies sur le continent européen les monarchies constitutionnelles, c'est-à-dire de la première moitié du XIXe siècle. A cette époque où les monarques ont limité leur puissance antérieure par des Constitutions octroyées, dans lesquelles ils se soumettaient notamment à la condition de ne sanctionner que des lois qui eussent été, au préalable, adoptées par le Parlement, il devenait fort important de discerner les objets pour lesquels une loi, c'est-à-dire un vote parlementaire, était nécessaire, de ceux qui, ne rentrant pas dans la législation, pouvaient être réglés par de simples ordonnances du chef de l'État, sans intervention des Chambres. Cette question a surtout été discutée et développée dans la littérature allemande. Les Allemands ont pu naguère lui trouver une base de solution dans certaines de leurs Constitutions qui, dans la période de 1814 à 1830, avaient spécifié que l'assentiment du Landtag est requis « pour toutes les lois qui touchent à la liberté et à la propriété des personnes » : langage qui impliquait qu'il y a lieu de considérer comme matière de loi toute règle, prescription ou mesure, qui apporte une modification ou une innovation dans le statut juridique des particuliers, en créant pour eux des charges ou des facultés nouvelles. En d'autres termes, il ne peut être touché au droit des citoyens, à celui qui fixe leur état et le régime de leurs biens, ou qui régit soit leurs relations mutuelles, soit leurs rapports avec les autorités publiques, que par une loi faite avec le concours des Chambres. En sens inverse, le monarque gardait le pouvoir de décréter par lui seul, en forme d'ordonnance, toutes les prescriptions ou mesures qui visent autre chose que le droit des citoyens : et ceci s'appliquait notamment à la réglementation des services administratifs, en tant que les règles à édicter pour l'organisation et le fonctionnement de ces services ne devaient produire effet qu'à l'intérieur du service et ne s'adressaient, par conséquent, qu'aux fonctionnaires comme tels, sans être opposables aux administrés, ni invocables par eux. En somme, toute cette théorie se rattachait aux principes monarchiques, suivant lesquels le monarque, titulaire primordial de tous les pouvoirs d'État, conserve le libre usage de tous ceux de ces pouvoirs dont il ne s'est pas dépouillé ou dont il n'a pas limité l'exercice entre ses mains par la Constitution. C'est pourquoi la distinction qui vient d'être rappelée, s'est accréditée en France, à l'époque des Chartes, tout comme dans les États monarchiques de l'Allemagne.

Mais cette théorie sur la matière respective du pouvoir légis-

latif et du pouvoir d'ordonnance ne répondait pas seulement aux concepts de la monarchie. Elle concordait aussi avec la doctrine de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs. La doctrine de l'*Esprit des lois* présuppose, en effet, essentiellement une distinction établie *ratione materiae* entre les fonctions de puissance : c'est en raison même de leur objet matériel que Montesquieu demande que les trois pouvoirs soient remis séparément à des titulaires distincts. En ce qui concerne le pouvoir législatif notamment, la matière en est déterminée par le but que vise Montesquieu et qui est, selon ses propres déclarations, de mettre les citoyens à l'abri du danger qu'ils courraient si l'autorité appelée à leur appliquer les lois était maîtresse de les faire ou de les changer. Il résulte ainsi logiquement de la pensée de protection dont s'inspire l'auteur de l'*Esprit des lois*, que le pouvoir législatif, en tant qu'il s'agit de sa séparation d'avec le pouvoir d'ordonnance, doit s'entendre comme comprenant tout ce qui touche au droit régissant les citoyens et comme ne comprenant pas ce qui laisse intact leur droit individuel. La distinction qui s'est établie dans les monarchies du XIXe siècle entre ces deux pouvoirs envisagés quant à leur matière respective, se relie donc par un lien de filiation directe aux vues de Montesquieu.

8. — C'est sous l'influence combinée de ces vues libérales et des principes d'ordre monarchique que s'est formée la théorie qui fait coïncider la notion de loi avec celle de règle de droit, celle-ci étant entendue elle-même dans un sens spécial et tendancieux; car, selon les préoccupations qui ont présidé à la formation de cette théorie et qui étaient de sauvegarder en faveur du monarque un large pouvoir de libre ordonnance, la portée du mot « droit » se trouvait singulièrement rétrécie, le nom de « droit » ne devant s'appliquer qu'aux règles, prescriptions ou mesures, qui déterminent la condition juridique des particuliers. Encore convient-il d'ajouter que la terminologie courante réservait le nom de règles de droit à celles-là seulement qui créent du droit d'une façon initiale. Une décision d'administrateur, la sentence d'un tribunal, engendrent bien un état de droit à l'égard des personnes sur qui elles prononcent; toutefois, ces décisions n'étaient pas considérées comme donnant naissance à des règles créatrices de droit : elles passaient pour ne point créer du droit nouveau, attendu que le droit élaboré par ces autorités subalternes se trouve déjà contenu virtuellement dans l'ordre juridique préexistant; il est

élaboré, en effet, en vertu de principes qui ont été posés par les lois en vigueur ou en vertu de pouvoirs que l'administrateur et le juge tirent de la législation préétablie. En revanche, la notion de règle de droit ne supposait pas nécessairement une règle émise par voie de disposition générale. Une mesure créant du droit nouveau ou dérogeant au droit antérieur, ne fût-ce qu'à l'égard d'une seule personne déterminée, rentrait dans la catégorie des règles de droit et devait faire l'objet d'une loi, s'il n'existait pas, dans l'ordre juridique en vigueur, de prescription conférant à une autorité autre que le législateur le pouvoir de l'édicter.

9. — De la théorie de la loi règle de droit, qui a été longtemps accréditée dans la littérature et la jurisprudence et dont l'influence y persiste aujourd'hui encore, de multiples conséquences ont été déduites :

D'abord — et c'est là le grand intérêt pratique que lui attribuent ses défenseurs — elle fournit un critérium très simple et très sûr, en apparence du moins, pour discerner ce qui relève du domaine de la législation et ce qui, au contraire, est accessible à la réglementation par décrets. Sera matière de loi, dépendant comme telle de la puissance de l'organe législatif, toute règle ou mesure, générale ou d'espèce, qui implique une modification dans l'ordre juridique applicable aux citoyens. Sera matière de décret toute prescription ou mesure, générale ou d'espèce, qui ou bien ne doit pas produire effet à l'égard des particuliers, ou bien ne fait que mettre en œuvre à leur égard le droit qui les régissait précédemment.

On a dit de ce principe de répartition des matières entre lois et décrets qu'il ne comporte d'autres exceptions que celles qui résulteraient d'un texte de loi, constitutionnelle ou ordinaire. D'une part, il est des règles ou mesures qui ne visent ni n'atteignent dans la sphère de leur droit respectif les particuliers et pour l'adoption desquelles cependant un texte exprès spécifie qu'une loi est nécessaire : le législateur a, en effet, la faculté d'évoquer à lui et de se réserver en propre tel ou tel genre de matière, bien que celle-ci ne soit pas législative d'après la classification qui vient d'être indiquée. D'autre part et inversement, il est au pouvoir du législateur, selon les Constitutions modernes, d'habiliter par un texte spécial l'Exécutif à édicter par décret des règles qui touchent au droit même des particuliers. On serait porté à déduire de cette double constatation qu'il n'est pas vrai-

ment exact de caractériser les règles de cette dernière sorte comme la matière propre et réservée de la législation : mais il semble qu'au lieu de parler ici de principe et d'exceptions, il serait plus conforme à la réalité juridique de résumer l'ensemble du système du droit positif, quant à la répartition des matières entre lois et décrets, en disant, dans une formule principielle unique, que le pouvoir décrétal de l'Exécutif a pour matière les règles ou objets qui lui sont attribués par les lois en vigueur. Telle n'est point la position adoptée sur cette question par les théoriciens qui définissent la loi une règle de droit. En partant de cette définition, ils soutiennent que toutes les fois qu'un texte de loi habilite l'autorité exécutive à décréter des règles applicables aux citoyens, le législateur en cela fait passer à cette autorité sa compétence législative : l'habilitation, dès lors, est présentée par eux comme une délégation de pouvoir législatif faite par les Chambres à l'Exécutif. En effet, disent-ils, la règle de droit est, en principe, matière de loi, une matière qui relève du pouvoir législatif du Parlement ; pour que des décrets soient devenus capables d'édicter des règles de droit qui dépendent de la puissance législative, il faut donc supposer que leur auteur a été investi de cette puissance même, tout au moins au point de vue de la compétence matérielle. Ainsi se dégage la doctrine suivant laquelle les décrets réglementaires habilités à toucher au droit des particuliers seraient fondés sur une délégation législative, venue du Parlement : doctrine qui a joui d'un grand crédit en France et en Allemagne ; doctrine d'où il résulte aussi que les règlements de cette espèce, puisqu'ils se fondent sur une transmission de puissance législative matérielle, sont eux-mêmes, de par leur matière ainsi déléguée, des lois. Toute cette doctrine de la délégation législative est une conséquence directe de la théorie de la loi règle de droit. Par contre, lorsque le Parlement légifère sur des points qui n'engagent pas du « droit » au sens précité, du droit concernant les individus et leurs formations corporatives privées, on a affirmé que, sous ces apparences légiférantes, le Parlement ne fait point acte de puissance législative véritable.

La théorie de la loi règle de droit a eu aussi pour conséquence de provoquer, quant au pouvoir réglementaire du chef de l'Exécutif, la division des règlements en deux classes, que l'on distingue d'après le contenu de l'acte réglementaire. Il y a des règlements qui édictent des prescriptions ayant le caractère de règles de droit : tel est le cas notamment des règlements de police, qui

ont pour objet direct de mettre à la charge des administrés des obligations et qui concourent, par conséquent, à créer, quant à eux, de l'ordre juridique. Assurément, du point de vue de sa forme, aucun règlement ne peut prétendre à la qualification de loi, puisqu'il est l'œuvre de l'autorité exécutive et non des Chambres. Mais, du moins, l'on a dit des règlements de cette première espèce que par leur objet, par les caractères intrinsèques de leur dispositif, ils ont nature de lois; et l'on a fait valoir, en ce sens, que leurs prescriptions participent aux vertus foncières des règles de droit législatives, en tant qu'elles sont applicables, de la même façon que celles-ci, aux personnes qu'elles concernent. C'est pourquoi, même parmi les auteurs qui répudient la théorie de la délégation législative, il s'en est trouvé qui ont assimilé, *ratione materiae*, de tels règlements aux lois, comme aussi ils assimilaient en pareil cas le pouvoir réglementaire au pouvoir législatif. En sens inverse, les règlements qui ne portent point création de droit nouveau pour les citoyens et dont les prescriptions ne s'adressent qu'aux fonctionnaires à titre de règles de service, ne sont plus considérés comme législatifs : on dit d'eux qu'ils ne sont, quant au fond comme en la forme, que des actes de nature et de puissance administratives. Les Allemands ont marqué l'opposition qu'ils établissent entre ces deux sortes de règlements, par les dénominations qu'ils ont coutume de leur donner respectivement. Ils distinguent, d'une part, les *Rechtsverordnungen*, c'est-à-dire les ordonnances qui édictent du droit régissant les citoyens et qu'ils envisagent, pour ce motif, comme faisant au fond de la législation, et, d'autre part, les *Verwaltungsverordnungen* ou ordonnances faisant de l'administration, c'est-à-dire des ordonnances qui ne règlent que l'activité des administrateurs et qui interviennent en vertu de la puissance hiérarchique appartenant à l'autorité administrative supérieure, et de celles-là ils disent qu'elles ne sont, en aucun sens, des lois.

10. — Les auteurs qui ont défini la loi une règle générale ou une règle de droit, nous fournissent eux-mêmes les éléments de réfutation de leurs théories. Il est remarquable, en effet, qu'ils n'ont point pu maintenir ces définitions d'une façon intégrale et exclusive : mais ils ont été obligés de reconnaître qu'à côté de la notion de loi qu'ils déduisaient de considérations relatives à la nature des règles formant, selon leurs dires, la matière propre du pouvoir législatif, il faut nécessairement faire place à une

seconde notion de la loi, qui celle-ci est entièrement indépendante de toute condition se rapportant à l'objet matériel de ce pouvoir. Cette nécessité vient de ce que, dans le droit public moderne, le nom constitutionnel de loi ne peut pas être réservé uniquement à un genre de règles déterminé, règles générales ou règles créatrices du droit des particuliers. En France notamment, ce n'est pas seulement la terminologie usuelle ou officielle qui étend le nom de loi à toute disposition ou décision adoptée par les Chambres dans les formes prescrites pour la législation; mais c'est la Constitution elle-même qui, dans l'article 1er de la loi du 25 février 1875, donne à entendre que toute adoption prononcée en cette forme par les Chambres est, de leur part, l'exercice du pouvoir législatif, et que, par suite, tout ce qui se trouve ainsi adopté par elles, mérite la qualification de loi, quels que soient les termes, généraux ou concrets, dans lesquels elles auront statué et de quelque nature aussi que soit l'objet qu'elles ont pu régler.

Il est donc certain que les doctrines suivant lesquelles la notion de loi se confondrait avec celle de règle générale ou de règle de droit, ne concordent point avec le concept sur lequel se fonde actuellement le droit public positif pour distinguer le pouvoir législatif d'avec les autres pouvoirs. A supposer qu'en d'autres temps la loi ait dû être caractérisée comme ayant pour destination spéciale d'édicter les règles abstraites ou le droit applicable aux citoyens, on constate aujourd'hui que le concept de loi répond à un ordre d'idées différent. Les défenseurs des doctrines précitées l'ont bien senti; et pour masquer le défaut de concordance qui se manifeste entre leurs vues et le concept de loi qui prévaut dans les Constitutions contemporaines, ils ont forgé la distinction, devenue classique, des lois en la forme et des lois quant au fond, ou encore — selon la terminologie allemande — des lois formelles et des lois matérielles : une distinction qui a ceci de caractéristique qu'elle dualise la notion de loi.

Ramenée à ses éléments essentiels, la théorie qui distingue des lois matérielles et des lois formelles, revient à opposer l'une à l'autre, comme totalement différentes, encore que pouvant se réaliser conjointement, deux catégories législatives : D'une part, la règle législative, c'est-à-dire celle qui, par son contenu, par les caractères internes de son dispositif ou par l'objet auquel elle s'applique, a nature intrinsèque de loi et remplit les conditions de la définition foncière de la loi; et c'est ici la loi matérielle, ou loi en soi, laquelle produit aussi les effets fonciers des lois, à savoir

ceux qui découlent de la nature même des règles législatives. D'autre part, l'acte législatif, qui n'a pris le nom de loi qu'en raison de sa consistance formelle et parce qu'il revêt les formes extérieures d'une loi ; ce qui implique qu'il possèdera aussi les forces, et produira les effets attachés à l'emploi de la forme législative, mais sans cependant que son contenu acquière lui-même la valeur de règle législative, attendu que la forme externe dans laquelle ce contenu a été adopté, est impuissante à lui conférer les vertus législatives foncières qui lui font défaut ; en sorte que cet acte législatif ne pourra constituer qu'une loi formelle.

En combinant cette notion dualiste de la loi avec les théories anciennes qui assignent à la législation, comme objet propre, soit la réglementation par voie de disposition générale, soit les règles dites de droit, les auteurs attachés à ces théories sont arrivés aux conclusions suivantes : Est loi matérielle, quelle que soit sa forme, toute prescription qui, à raison de la généralité de son dispositif, produit les effets propres aux règles générales, ou encore toute prescription qui, apportant des innovations à l'ordre juridique applicable aux particuliers, acquiert de ce chef la portée et engendre les effets d'une règle de droit. C'est ainsi qu'un décret réglementaire, bien que n'ayant pas la forme d'un acte législatif, sera qualifié loi matérielle du chef de son contenu, soit parce qu'il est conçu en termes généraux, soit au moins dans les cas où il règle du droit intéressant les particuliers ; au point de vue de leurs effets fonciers, les règles portées dans ce décret sont, en effet, traitées de la même manière que si elles avaient été édictées par la voie législative, par exemple et notamment quant à l'ouverture du recours en cassation contre les jugements qui les auraient violées ou du recours en annulation contre les actes administratifs qui y auraient contrevenu. En sens inverse, l'emploi de la voie législative pour l'adoption de règles ou de mesures qui n'ont rien de législatif en soi, ne saurait modifier la nature interne de la règle ou mesure ainsi adoptée. C'est ainsi qu'un acte législatif des Chambres qui réglemente le fonctionnement intérieur des services administratifs, ou qui décide l'entreprise d'un ouvrage public, chemin de fer, route, etc..., ou qui statue sur le cas particulier d'une personne déterminée, n'engendre pas une loi matérielle ; car il ne contient pas une règle législative au sens foncier du mot, et la décision ou mesure qu'il adopte, n'est pas susceptible de produire les effets inhérents aux règles de législation. Cet acte législatif n'est qu'une loi formelle : il n'est législatif que par sa

forme et non par son dispositif. Sans doute, la décision ou mesure qu'il édicte, tirera de la forme en laquelle elle a été adoptée, certaines forces qui sont celles attachées à tout acte législatif : et par exemple, elle ne pourra être modifiée que par un nouvel acte législatif des Chambres. En cela, il y a bien une certaine notion de loi qui se trouve réalisée ; mais elle ne se dégage qu'en un sens formel et non en un sens matériel ; et en tout cas, il est manifeste que les deux catégories législatives qui viennent ainsi d'être discernées, doivent être tenues pour complètement différentes l'une de l'autre. Finalement, l'idée de loi se trouve absolument dualisée.

11. — Mais précisément — et ainsi que nous l'avons annoncé p. 11 — cette dualisation, à laquelle se sont vus contraints d'aboutir les auteurs qui définissent la loi une règle générale ou une règle de droit, suffit à dévoiler le vice de telles définitions. Celles-ci entrent en opposition évidente avec les données fournies touchant la notion de loi par le droit public en vigueur. Car la Constitution de 1875 ne connaît pas deux catégories de lois : elle ne parle que d'un seul pouvoir législatif, celui dont l'article 1er de la loi du 25 février dit qu'il appartient aux Chambres, ce qui équivaut à dire que, seules, les Chambres peuvent faire une loi ; ce langage de la Constitution ne permet donc pas de distinguer, à côté des lois formelles, c'est-à-dire nées de l'adoption parlementaire, une seconde catégorie législative qui se référerait à la nature, prétendue législative en soi, de telles ou telles prescriptions émises par des autorités autres que l'organe capable de légiférer. De plus, il est banal de rappeler que, selon le droit constitutionnel actuel, le Parlement est capable d'étendre son pouvoir législatif à tout objet quelconque sur lequel il entend s'attribuer et se réserver la faculté de statuer à l'exclusion de toute autre autorité ; il suffit de parcourir les recueils de textes législatifs pour constater qu'un très grand nombre de lois édictent tout autre chose que des règles générales ou des règles intéressant la condition juridique des citoyens ; il n'est donc pas possible de prétendre que, seules, les règles de cette nature forment constitutionnellement la matière du pouvoir législatif.

Ainsi, la distinction dualiste des lois matérielles et des lois formelles n'a certainement point de base dans le droit de la Constitution. Elle est même inconciliable avec la Constitution : car, d'après ce qui vient d'être dit, il apparaît d'ores et déjà que

la Constitution n'admet qu'un seul critérium de la loi, celui tiré de l'adoption par les Chambres, un critérium d'ordre formel. D'où vient donc cette distinction, qui a tant fait parler d'elle, en Allemagne notamment, et qui demeure encore si répandue, même en France ? Elle s'explique, en réalité, par des causes historiques. Elle a été provoquée, en effet, par l'évolution qui s'est accomplie dans la notion de loi. Au XVIIIe siècle, la loi était envisagée comme ayant pour destination de poser les règles générales. Dans la période des monarchies constitutionnelles du XIXe siècle, il a paru qu'elle devait avoir pour matière spéciale et réservée le statut particulier des citoyens. Mais, à ces anciens concepts il s'est substitué une conception nouvelle du pouvoir législatif, qui a prévalu dans le droit public actuel et qui prend son fondement dans des considérations fort différentes de celles d'où l'on avait déduit naguère que la loi doit avoir un contenu d'un genre déterminé. Il est arrivé cependant — et c'est là un phénomène dont l'histoire des doctrines juridiques offre plus d'un exemple — que les auteurs ont persisté à reproduire les définitions de la loi nées des traditions du temps passé. Dans la littérature, parfois même dans les textes législatifs, le mot loi est demeuré synonyme de règle générale ou de règle touchant au droit des individus. Sans doute, la doctrine faisait la part du *jus novum*, en reconnaissant, sous le nom de lois formelles, l'existence constitutionnelle d'une catégorie législative, dans laquelle figuraient des actes parlementaires portant sur des objets autres que ceux qui avaient été regardés jusque-là comme proprement législatifs ; du moins, les auteurs maintenaient, en principe, que, seules, les règles ou mesures qui portaient sur des objets de cette dernière sorte, réalisaient la notion foncière de loi, et c'est en ce sens qu'ils désignaient ces règles ou mesures du nom de lois matérielles. Telle a été la cause originaire de la distinction des deux catégories de lois. Cette distinction est née de la lutte entre des concepts de loi datant d'époques différentes, et surtout procédant d'idées différentes. Ou, plus exactement, elle est née de ce que l'on a voulu maintenir, sous la qualification de lois matérielles, d'anciens concepts de la loi qui aujourd'hui ne sont plus ceux de la Constitution.

12. — Quel est donc présentement le concept de loi qui se trouve contenu dans la Constitution de 1875 ? Quelles sont les vues dont il s'inspire et les tendances auxquelles il répond ? A quelle époque a-t-il fait son apparition ?

Les sources de la notion constitutionnelle de loi se trouvent dans les principes qui, dès le début de la Révolution, ont été posés par les fondateurs du nouveau droit public français touchant la loi et le pouvoir législatif. Pour saisir cette notion dans sa consistance actuelle, il faut donc, au préalable, remonter à ses origines révolutionnaires et, en particulier, aux textes fondamentaux que consacre au pouvoir législatif la Constitution primitive de 1791. On va voir que les énonciations de ces textes ne laissent rien à désirer en précision et en clarté.

⁂

13. — La Constitution de 1791 et la Déclaration des Droits qui la précède et qui avait été votée dès août 1789, formulent, dans des textes multiples, dont chacun est conçu en des termes qui méritent d'être qualifiés de lapidaires, les principes qui inaugurent, dans le droit public issu de la Révolution, la nouvelle notion de la loi.

14. — Le premier de ces textes, qui, à lui seul, a déjà une portée capitale, parce qu'il résume en quelques mots toutes les idées qui vont désormais servir de base à la notion moderne de loi et qui serviront aussi, dans la Constitution de 1791, à exalter la loi et sa puissance, c'est l'article 6 de la Déclaration de 1789, lequel débutait par la proposition devenue fameuse : « *La loi est l'expression de la volonté générale.* » Et le même article 6 mettait aussitôt en pleine lumière les raisons qui font que la loi doit être envisagée comme l'œuvre de la volonté générale : c'est, disait-il, que « *par leurs représentants* », c'est-à-dire par l'assemblée élue des députés, « *tous les citoyens* » exercent, ou tout au moins sont considérés idéalement comme exerçant « *le droit de concourir à sa formation* ».

Ainsi, l'article 6 partait du principe, emprunté aux doctrines de Rousseau, que le peuple, c'est-à-dire la totalité des citoyens, doit coopérer à l'acte de création de la loi, parce que cet acte légiférant est la manifestation par excellence de la souveraineté, laquelle est essentiellement populaire, selon la terminologie du *Contrat social*, nationale, selon le langage de 1789 ; et l'on sait que, dans la conception révolutionnaire, la nation est exclusivement une formation de citoyens, en ce sens qu'elle n'a pour éléments composants que les individus qui sont ses membres. De là, la

formule initiale de l'article 6, qui assignait pour fondement à la législation la volonté générale, bien plus qui définissait la loi par cette volonté même. Cette définition est reproduite par l'article 4 de la Déclaration des Droits de 1793 et par l'article 6 de celle de l'an III.

15. — Mais, comment la loi a-t-elle pu être présentée par les Constitutions de 1791 et de l'an III comme l'œuvre de la volonté générale, alors que ces Constitutions réduisaient la participation législative des citoyens à l'élection des députés qui exercent effectivement le pouvoir législatif? Elles ont maintenu l'identité de la loi avec la volonté générale, en s'appuyant sur le second principe introduit par l'article 6 précité, un principe qui, celui-ci, ne venait plus de Rousseau et qui consistait à admettre que, dans l'assemblée qui légifère, les citoyens eux-mêmes, « tous les citoyens », sont présents, attendu qu'ils s'y trouvent représentés par leurs élus. Sans doute, les Constitutions révolutionnaires spécifient que les députés représentent, non leurs collèges particuliers, mais indivisiblement la nation entière (Const. 1791, tit. III, ch. I, sect. 3, art. 7; Const. 1793, art. 29; Const. an III, art. 52); toutefois, comme la nation prend sa consistance dans les citoyens qui la composent, elle ne peut se trouver représentée par le Corps législatif, sans que ceux-ci le soient aussi en elle. En sorte que, finalement, tous les citoyens concourent, par l'intermédiaire des représentants nationaux, à l'adoption de la loi, qui, par suite, reste susceptible d'être qualifiée produit de la volonté générale. C'est ce même principe que Sieyès devait énoncer, avec une ferme précision, devant l'Assemblée nationale, dans la séance du 7 septembre 1789 (*Archives parlementaires*, t. VIII, p. 592 et s.), lorsqu'il vint définir le régime représentatif en disant que, dans ce régime, « le peuple parle, agit, par ses représentants » et que « les commettants se font entendre par les députés nationaux », parce que « la voix de la Législature nationale » n'est autre que « la voix du peuple » elle-même. C'était identifier les volontés exprimées par l'assemblée des députés avec la volonté populaire; c'était dire que toute décision de l'assemblée équivaut à une décision du corps des citoyens.

16. — En résumé, le concept de loi énoncé par l'article 6 de la Déclaration de 1789 se constituait de ces deux propositions : 1° La loi a pour fondement la volonté générale, elle doit donc

être l'expression de cette volonté ; 2° Elle l'est aussi, réellement, puisque la volonté générale est exprimée par le Corps législatif, celui-ci représentant la totalité des citoyens. Au fond, le but effectif de tout le système représentatif ainsi édifié était de substituer la volonté des élus à celle des citoyens. Sieyès s'en explique catégoriquement dans son discours précité, où il marque fortement l'opposition qui s'établit entre le régime représentatif et celui de la démocratie, dans lequel le peuple décide et statue par lui-même. Aussi, puisque la première proposition contenue dans l'article 6 s'inspirait directement de la doctrine du *Contrat social*, l'on se trouve certainement en droit d'objecter à la deuxième proposition de ce texte et, par suite, à toute l'idéologie révolutionnaire rappelée ci-dessus que Rousseau lui-même avait démontré, d'une façon décisive, que le peuple n'est susceptible d'être ni remplacé, ni représenté, pour l'exercice de sa souveraineté. Il n'en demeure pas moins vrai que toute la construction élevée par l'Assemblée nationale de 1789 sous le nom de représentation nationale reposait sur l'idée essentielle que la loi doit émaner des citoyens formant la nation : et c'est dans cet esprit que la Constitution de 1791 réservait le titre de représentant, en première ligne, au corps des députés élus par le peuple. Dans le préambule de son titre III, l'article 2, poursuivant l'ordre d'idées formulé dans l'article 6 de la Déclaration, dit en effet : « *La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif...* ».

Il n'est pas douteux que l'organe exerçant le pouvoir législatif de la nation n'ait tiré cette qualification représentative, avant tout, de ses attaches électives avec le corps des citoyens et du fait qu'en vertu de ces attaches, la volonté par lui exprimée pouvait passer pour conforme à la volonté générale de ce dernier. L'on dira peut-être qu'à côté du Corps législatif, ce même article 2 plaçait aussi, comme représentant, le roi, personnage non électif. Mais les constituants de 1789-91 ont eux-mêmes spécifié que le roi n'était érigé en représentant qu'à titre exceptionnel et dans une mesure restreinte, à savoir en raison seulement du pouvoir de veto suspensif qui lui était accordé par la Constitution à l'encontre des lois adoptées par le Corps législatif, et aussi en raison de ce qu'il recevait le pouvoir d'entretenir et de diriger les relations avec les États étrangers. Sous ce double rapport, en effet, il avait paru que le roi exerçait un pouvoir représentatif, consistant à exprimer, au nom de la nation et indépendamment

du Corps législatif, la volonté générale. Mais, en réalité, aucune de ces deux facultés laissées au chef de l'Exécutif n'impliquait en lui un caractère de représentation véritable. Car le droit de veto, s'il permettait au roi d'opposer une certaine résistance aux décisions législatives de l'assemblée des députés, n'allait pas jusqu'à lui conférer le pouvoir de statuer définitivement sur le sort des lois ; l'exercice de ce droit n'entraînait que le renvoi à des Législatures subséquentes, qui seules prononçaient sur l'adoption ou le rejet de la loi frappée d'opposition royale. Et pareillement, les conventions de toutes sortes conclues par le roi à la suite de négociations avec les puissances étrangères étaient subordonnées à la ratification du Corps législatif (Const. 1791, tit. III, ch. III, sect. 3, art. 2 et ch. IV, sect. 3, art. 3). Ainsi, même à la suite d'un veto, même dans l'ordre des tractations diplomatiques, l'expression décisive, c'est-à-dire pleinement représentative (au sens dégagé à cette époque), de la volonté générale de la nation demeurait réservée, comme un monopole exclusif, au corps des députés, qui, seul, méritait complètement la qualification de représentant.

17. — Au surplus, ce n'est pas uniquement à ses origines électives que le Corps législatif devait sa qualité représentative. L'élection, à elle seule, ne suffisait pas à faire de l'élu un représentant. On en trouve la preuve dans l'article 2 du tit. III, ch. IV, sect. 2, de la Constitution de 1791, qui spécifiait que « *les administrateurs n'ont aucun caractère de représentation* » ; et cependant, ce texte rappelait qu'ils sont « *élus à temps par le peuple* » ; malgré leur provenance élective, l'article 2 précisait qu'ils ne portent en eux de représentation à aucun degré et en aucun sens. Ce qui fait le représentant, selon la conception représentative fondée en 1789-91, c'est la nature du pouvoir pour l'exercice duquel il a été élu. Est représentant celui-là seulement qui exerce un pouvoir de nature représentative. Et les constituants de cette époque — Barnave, entre autres, dans la séance du 10 août 1791 (*Archives parlementaires*, t. XXIX, p. 331) — définissent, de la façon la plus nette, la représentation, en disant qu'elle consiste, en son essence même, à « vouloir pour la nation ». Or, il n'y a de volonté véritable que celle qui se meut librement, sans être conditionnée par une volonté supérieure. Tel était bien, selon Barnave, le pouvoir du Corps législatif : « Le Corps législatif est le représentant de la nation, parce qu'il veut pour elle : 1° en faisant ses lois ; 2° en

ratifiant les traités avec les puissances étrangères. » Au contraire, le pouvoir que possédaient les administrateurs, n'atteignait plus à la vertu représentative, et cela par la raison que les actes et décisions de l'autorité administrative sont dominés et même déterminés par les lois en vigueur : la volonté qui peut se trouver contenue dans ces actes, n'a donc pas le caractère de volonté libre et initiale. Les administrateurs n'énoncent pas la volonté générale sous sa forme primaire : la vérité est seulement qu'ils veulent et agissent en conséquence et en exécution de la volonté générale. De même, les juges, qui, dans la conception du pouvoir judiciaire dont s'est inspirée l'Assemblée nationale de 1789, n'avaient d'autre rôle que d'appliquer strictement les lois adoptées par le Corps législatif et à qui était déniée toute puissance de création jurisprudentielle autonome, ne pouvaient, eux aussi, prétendre à « aucun caractère de représentation ». Le roi lui-même, on vient de le voir, ne remplissait pas les conditions d'une représentation digne de ce nom.

18. — Toutes ces idées viennent se résumer dans la célèbre distinction établie par la Révolution entre le représentant et le fonctionnaire : une distinction dont l'importance est capitale, car elle contribue puissamment à révéler la véritable et profonde portée de toute la conception sur laquelle a été fondée, après 1789, l'organisation étatique propre au droit public français. Au fond, cette distinction du représentant et du fonctionnaire signifiait qu'il était institué par la Constitution deux sortes de titulaires de la puissance publique : D'une part, le Corps législatif ou Parlement, qui, en tant que représentant de la nation, ne fait qu'un avec elle; car, ainsi que l'avait dit l'article 6 de la Déclaration, tous les citoyens se trouvent représentés, c'est-à-dire présents dans l'assemblée législative, au moment de la confection des lois ; celles ci, par l'effet de cette représentation, sont donc l'œuvre du peuple lui-même, c'est-à-dire du souverain. Mais, de ce concept représentatif il résulte aussi que le Parlement, puisqu'il représente le souverain, en détient la puissance dans ce qu'elle a de suprême. Ses pouvoirs, législatif ou autres, participent de la souveraineté dont il est investi représentativement. Tranchons le mot, ce Parlement, conçu comme le représentant de la nation, devient effectivement le souverain. En lui se concentre la souveraineté nationale, avec toutes les supériorités qui en découlent. Bien différente est, d'autre part, la qualification à donner aux person-

nages ou corps, autres que le Parlement, qui détiennent des attributions publiques : chef de l'Exécutif, administrateurs, juges. Ceux-ci exercent bien aussi la puissance nationale, mais ils ne l'exercent plus au degré souverain. Car ils ne représentent plus le souverain, et ils ne se confondent plus avec lui. Mais, comme le disait l'article 2 précité à propos des administrateurs, ils exercent seulement des « fonctions », c'est-à-dire des compétences, des offices ou des commissions, qui leur ont été attribués par le souverain dans la Constitution, et ils ne peuvent les exercer que dans la mesure, essentiellement restreinte, fixée par la Constitution. Dépourvus de caractère représentatif, ils n'expriment pas la volonté générale ; et, quand ils prennent quelque décision ou font quelque acte de leur compétence, ce n'est plus le peuple qui parle ou agit par eux : eux seuls parlent et agissent, et c'est pourquoi le même article 2 les qualifiait d' « *agents* », des agents qui fonctionnent au service du peuple.

On voit par ces divers traits quel véritable abîme juridique a été creusé par les fondateurs du droit public français entre le Parlement, qui est déclaré par la Constitution le représentant, c'est-à-dire l'égal, de la nation, et les autres personnages ou corps qui, d'après la Constitution, ne sont que les agents d'exercice d'une fonction de puissance nationale. Le Parlement prend rang de souverain : il est le souverain réel. Quant aux autres titulaires de pouvoirs divers, la qualification juridique qui leur convient, est celle de simples autorités : ce ne sont que des autorités commises. Opposition du souverain et des autorités préposées au-dessous de lui, telle était la signification dernière de la distinction révolutionnaire entre le représentant et le fonctionnaire. Cette distinction ne répondait pas seulement à l'idée qu'il s'établit entre l'assemblée législative et les autorités exécutives ou judiciaires une gradation hiérarchique de pouvoirs, tenant à ce qu'elles auraient respectivement exercé la puissance étatique de la nation à des degrés inégaux. La portée de la distinction était bien plus absolue. Elle impliquait que la Législature et les autorités de la seconde sorte se trouvaient investies de puissances d'essence différente, comme aussi elles différaient elles-mêmes essentiellement, dans leurs rapports mutuels, par leurs titres et leurs qualités respectives. Le système représentatif que la Révolution a érigé en partant du principe de la souveraineté nationale, s'analyse, en définitive, en un système de souveraineté parlementaire. Souverain, le Parlement l'était doublement : il

l'était, d'abord, vis-à-vis de toutes autorités, puisqu'il figurait, en face d'elles, le peuple avec son pouvoir de volonté générale ; et il l'était aussi, bien réellement, vis-à-vis du corps des citoyens lui-même, puisque, comme l'avait dit Sieyès, celui-ci ne pouvait exprimer sa volonté générale que par l'assemblée des députés.

19. — La Constitution de 1791 ne s'en est pas tenue à l'énonciation de ces principes. Elle en a formulé expressément certaines conséquences, notamment quant au pouvoir législatif et à la loi.

L'une de ces conséquences a trait à la primauté de la loi. Du moment que la loi est l'expression de la volonté générale, représentée par le Parlement, et qu'elle constitue, comme telle, l'œuvre du souverain, il va de soi qu'elle doit dominer de sa supériorité l'activité non seulement des nationaux, mais encore de toutes autorités nationales instituées à côté de la Législature. Telle est aussi la déduction qu'énonce, toujours en termes lapidaires et avec une rare vigueur, l'article 3 au tit. III, ch. II, sect. 1re : « *Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi.* » C'est là une vérité évidente. Car il ne peut se concevoir de puissance qui prétende prévaloir sur la volonté générale, une fois qu'elle s'est exprimée par la loi, ou qui soit seulement capable d'entrer en comparaison avec elle. Bien plus, la loi ne se bornera pas à dominer, en la limitant, l'activité des autorités autres que la Législature : elle la conditionne, en ce sens qu'elle doit en former le point de départ et le fondement justificatif. En tant que volonté générale et souveraine, elle est, au sein de la nation, la volonté première, celle par laquelle tout doit débuter ; et il n'y a place, en dehors d'elle, que pour des actes de puissance dérivée et subalterne. De là une nouvelle déduction, dont le même article 2 fait application au roi lui-même : « *Ce n'est qu'au nom de la loi que le roi peut exiger l'obéissance.* » Le roi, comme toutes autres autorités non parlementaires, ne peut faire aucun acte, édicter aucune mesure, adresser aux citoyens ou aux fonctionnaires eux-mêmes aucun ordre, qui ne puise dans la loi son fondement de légitimité. Et ceci prouve derechef que, dans le soi-disant « gouvernement monarchique » institué par la Constitution de 1791 (tit. III, préambule, art. 4), le roi n'était pas un représentant au sens complet du mot.

20. — Enfin, la Constitution de 1791 tire du principe posé dans l'article 6 de la Déclaration une dernière déduction, qui

va achever de nous fixer sur le concept qu'elle s'est fait de la loi. Il s'agit ici de savoir à quels signes se reconnaît une loi, ou encore dans quels cas et à quelles conditions une prescription ou décision émise au nom de la nation doit être considérée comme une manifestation de la volonté générale. Sur ce point comme sur les précédents, la Constitution de 1791 répond avec toute la clarté désirable : « *Les décrets du Corps législatif ont force de loi et portent le nom et l'intitulé de lois* » (tit. III, ch. III, sect. 3, art. 6). D'après ce texte, la notion de loi ne dépend ni de conditions relatives au contenu de l'acte législatif, ni de distinctions entre matières ou objets qui seraient ou non législatifs en soi, mais uniquement d'un facteur d'ordre formel, à savoir l'origine de la loi, c'est-à-dire le fait qu'elle a été adoptée par le Corps législatif dans les formes requises pour la législation. De même que le Corps législatif peut seul faire une loi, de même aussi est loi tout ce que fait, en y mettant la forme législative, le Corps législatif.

Bodin, au XVIe siècle, avait déjà marqué que la notion de loi dérive de la qualité de l'auteur de l'acte législatif : « *Lex ad imperantis majestatem pertinet. Est enim lex nihil aliud quam summae potestatis jussum.* » Mais, cette idée que la loi doit son nom à la puissance suprême du législateur, avait été obscurcie, au XVIIIe siècle, par des doctrines d'inspiration fort différente. Rousseau, tout en exigeant de la loi qu'elle soit l'œuvre du souverain populaire, ce qui était une condition d'origine formelle, avait subordonné, en outre, la notion de loi à une condition de fond, la généralité de la disposition. Montesquieu, de son côté, n'avait pu fonder son système de séparation des pouvoirs entre titulaires distincts qu'après avoir admis que chacun des pouvoirs à séparer, et notamment le pouvoir législatif, avait un domaine propre, correspondant foncièrement à sa matière respective : d'où il résultait que la loi devait être définie par les matières mêmes qui sont à réserver au Corps législatif. Ces idées jouissaient, à la fin du XVIIIe siècle, d'un crédit considérable. La Constitution de 1791 en a elle-même subi l'influence. C'est ainsi qu'elle refusa le pouvoir réglementaire au roi, parce qu'il lui paraissait que le pouvoir de poser des règles générales était d'essence législative, et ne devait, dans un régime séparatiste, appartenir qu'au Corps législatif. De même, l'article 1er du tit. III, ch. III, sect. 1re, essayait de dresser une liste foncière des objets et mesures qui devaient, *ratione matériae*, être réservés à la

compétence du Corps législatif et qui formaient ainsi la matière propre des lois. Mais, après avoir ainsi cédé à l'influence des idées courantes de l'époque, la Constitution de 1791 opérait un redressement et déclarait, en dernière analyse, que tout ce qui a été décidé par le Corps législatif, en forme législative, est loi et mérite le nom de la loi. Dans cette définition, la forme l'emporte sur le fond. Et l'article 6 précité prend soin de préciser pourquoi tous les décrets du Corps législatif réalisent la notion de loi. C'est, dit-il, parce qu'à raison de leur origine et de leur forme, ils « ont force de loi », c'est-à-dire cette force spéciale et supérieure qui n'appartient qu'à la loi et qui, dès lors, doit seule être retenue comme l'élément essentiel de sa définition. Ainsi, en face des doctrines antérieures qui identifiaient l'idée de loi avec celle de règle portée en termes généraux ou qui caractérisaient la loi par sa matière propre, les fondateurs du droit public moderne dégageaient un nouveau concept de la loi qui découlait directement du principe de représentation, suivant lequel le peuple exprime sa volonté par l'assemblée des députés. Car, il est bien manifeste que la volonté populaire reste la volonté générale, alors même qu'elle prononce sur un cas individuel ou qu'elle statue par voie de mesure d'espèce ; de même, elle est la volonté générale, quel que soit le genre d'objet ou la matière auxquels elle s'applique. De là, la conséquence que tout décret du Corps législatif prenait, du seul fait qu'il émanait de l'assemblée représentant le peuple, la valeur et la force supérieures qui s'attachent à la volonté générale et souveraine. De là enfin, la conclusion que ce décret, quelle que soit la nature de son contenu, est loi, conformément à la définition romaine : *Lex est quod populus jubet atque constituit.* Ce concept, qui — tout en procédant incontestablement de vues foncières sur la base populaire de la notion de loi — était un concept extra-matériel et purement formel, sera consacré à nouveau par la Constitution de l'an III, article 92 : « *Les résolutions du Conseil des Cinq-Cents, adoptées par le Conseil des Anciens, s'appellent lois.* »

21. — Au cours de l'accomplissement de sa tâche de régénération constitutionnelle, l'Assemblée nationale de 1871 s'est trouvée dans une position qui n'était pas sans analogie avec celle

des constituants de 1789-91. On peut, jusqu'à un certain point, dire d'elle, comme de la première Constituante de l'époque révolutionnaire, qu'elle opérait sur un terrain où il ne subsistait plus, des organisations constitutionnelles du passé, que des ruines et où, par conséquent, tout était à refaire. Dans quel sens allait-elle orienter le statut organique qu'elle avait à rendre au peuple français?

Du moment que les monarchistes de l'assemblée ne parvenaient pas à ramener dans le pays la monarchie, il était inévitable d'admettre que la souveraineté, dans l'État français, ne pouvait appartenir qu'au corps populaire et national des citoyens. Mais, comme, d'autre part, les constituants d'opinion républicaine n'allaient pas jusqu'à chercher à donner à la République française la forme et les institutions d'une démocratie directe — qui eussent été difficilement conciliables avec la situation délicate et périlleuse dans laquelle demeurait encore placée la France au point de vue international —, il devenait inévitable aussi de faire du Parlement, restitué à raison de ses origines électives dans sa qualité de représentant de la nation, l'organe central, attitré par excellence et élevé au rang suprême, de la volonté nationale. La Constitution de 1875 devait donc répudier, d'abord et par-dessus tout, les principes organiques des époques napoléoniennes, qui avaient eu pour but de réduire le Corps législatif à un rôle dépouillé de tout ce qui avait fait sa grandeur au temps de la Révolution. Elle ne pouvait pas davantage, bien que restaurant les traditions du régime parlementaire qui s'étaient introduites et consolidées durant la période des Chartes, s'inspirer du système organique établi par ces dernières, attendu que ce système avait reposé, en 1814, sur le principe que le monarque est le souverain, et, en 1830, sur l'idée que le roi reste, tout au moins, comme le disait l'article 13 de la Charte, « le Chef suprême de l'État », appelé, comme tel, notamment à parfaire les lois par sa sanction. Enfin, les constituants de 1875 n'avaient même pas la ressource de prendre pour modèle la Constitution de 1848 : celle-ci, en effet, avait institué, à côté de l'Assemblée législative, un Président, dont elle avait confié l'élection au peuple et de qui elle avait fait, par certaines de ses dispositions relatives au rôle de ce personnage et à ses pouvoirs présidentiels, un second représentant de la volonté générale et populaire; or, ce système de dualisme représentatif avait eu, sous la deuxième République, des résultats fâcheux et l'on n'était point disposé, en 1875, à en renouveler l'essai.

22. — En fait de précédents, la Constitution de 1875 se trouvait donc ramenée, qu'elle le voulût ou non, à un régime d'organisation des pouvoirs analogue à celui que les fondateurs primitifs du droit public français avaient inauguré, après 1789, sur les ruines de l'ancienne monarchie : c'est-à-dire à ce régime de représentation nationale, dans lequel le Parlement est, en somme, seul à représenter la nation, dans lequel aussi il acquiert, à la faveur de l'idée que par lui s'exprime la volonté générale, une véritable suprématie : une suprématie, qui s'exerce tant au regard des citoyens, ceux-ci ne devant être admis à vouloir que par leurs représentants élus, qu'au regard des autres titulaires de puissance nationale, ceux-ci n'ayant que le caractère de simples autorités préposées à une fonction constitutionnelle, tandis que le Parlement finit, lui, par ne faire qu'un avec le souverain.

23. — Tel est l'ordre d'idées dans lequel il convient de se placer aujourd'hui pour percevoir le concept qui, dans la Constitution de 1875, a servi de base à la notion de loi et de pouvoir législatif. Sur ce concept les constituants de 1875 ne se sont pas expliqués comme l'avaient fait naguère leurs devanciers de 1789-91. Se bornant à faire œuvre pratique, ils n'avaient point pour habitude de creuser rationnellement et de préciser dogmatiquement les principes sur le fondement desquels ils établissaient les institutions statutaires par eux adoptées. Parmi les dispositions si concises de la Constitution de 1875, on chercherait vainement, au sujet du pouvoir législatif, un texte comparable à ceux qui, dans la Constitution inaugurale de 1791, dégageaient, en des formules principielles, les éléments constitutifs de l'idée de loi. La préoccupation d'élucider et de fixer la portée juridique de cette idée a-t-elle seulement effleuré l'esprit des auteurs de la Constitution de 1875? Sans doute pensaient-ils, lorsqu'ils parlaient du « pouvoir législatif » dans l'article 1er de la loi du 25 février, que ce terme portait en lui un sens qui était suffisamment bien établi et suffisamment intelligible pour que l'on pût se dispenser, à son sujet, de tout commentaire.

Certains constitutionnalistes laissent donc percer le sentiment qu'il ne faut point essayer de trouver dans la Constitution française actuelle une notion précise de la loi que ses fondateurs n'ont pas songé à y consacrer. A quoi nous avons déjà répliqué (p. 1) qu'on ne peut pas raisonnablement supposer que les constituants de 1875 aient parlé de loi et de pouvoir législatif sans

avoir, au fond d'eux-mêmes, une idée plus ou moins ferme de la signification dans laquelle ils employaient et inscrivaient dans leurs textes ces termes techniques. Et puis, quand encore il serait prouvé qu'ils ne se sont attachés sur ce point à aucune idée arrêtée, il resterait toujours que la portée constitutionnelle du mot loi dans les textes de 1875 doit être déterminée moins par ce que les auteurs de ces textes ont pu penser de la loi et du pouvoir législatif que par ce qu'en disent ces textes eux-mêmes. Qu'il nous soit, en effet, permis de faire observer à ce propos, et même d'une façon générale, qu'à l'heure présente, les interprètes de la Constitution française ne sauraient être liés par les vues, opinions ou intentions des hommes qui l'ont créée. Ceux-ci ont disparu : il ne subsiste d'eux, juridiquement parlant, que leur œuvre. C'est dans cette œuvre seule qu'il faut chercher la portée des institutions en vigueur. Et cela, d'autant plus qu'après plus de cinquante ans d'existence, la Constitution dite de 1875 repose, en définitive, moins sur les façons de voir originaires de ses fondateurs que sur la volonté des générations nationales ultérieures, qui, après avoir fait l'expérience des effets produits par le fonctionnement de cette Constitution, l'ont conservée dans sa teneur primitive, alors qu'il aurait dépendu d'elles d'y apporter des changements.

Ainsi, c'est aux textes constitutionnels eux-mêmes qu'il faut demander le sens dans lequel a été entendu et employé, en 1875, le mot loi. Or, l'examen des textes révèle que les constituants d'alors ont, en parlant du pouvoir législatif, obéi, instinctivement peut-être et obscurément, mais avec docilité, à un concept précis et fondamental, dont la Constitution atteste, en plus d'un point, l'influence prépondérante. Nombreuses en effet sont, en elle, les indications qui concourent à démontrer que ses auteurs ont suivi, consciemment ou non, le courant d'idées dont s'est inspirée, au début de la Révolution, la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen pour jeter, en son article 6, les bases de la notion moderne de loi. Oui, de même que les fruits font reconnaître l'arbre, de même aussi il y a, dans la Constitution de 1875, tout un ensemble de traits qui impliquent que le concept de la loi expression de la volonté générale a été repris par elle et forme présentement l'une des assises de notre système de droit public. Si la Constitution ne formule pas ce concept en termes exprès, elle montre clairement, par la façon même dont elle traite la puissance législative aux mains des Chambres, qu'elle s'y est docile-

ment conformée. Car, toute son attitude à l'égard de cette puissance présuppose inéluctablement l'idée de souveraineté effective du Parlement. Et cette idée ne peut s'expliquer que par celle qu'avaient dégagée les premiers constituants de 1789-91 et suivant laquelle le Corps législatif doit être considéré, de par ses origines électives, comme la représentation de la totalité universelle des citoyens composant la nation souveraine.

Le but de la présente étude est précisément de relever les divers traits que présente la Constitution de 1875 en ce sens.

Un premier trait se rapporte à la méthode qu'ont suivie les textes constitutionnels de 1875 pour établir la distinction du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif et pour déterminer, l'un par rapport à l'autre, les domaines respectifs de ces deux pouvoirs.

Le second trait se rapporte à la question de la distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires.

Le troisième se rattache à la question du fondement juridique de la force obligatoire des lois.

Enfin, il y aura lieu aussi de rappeler en quelques mots les répercussions qu'a eues sur les conditions de fonctionnement du pouvoir exécutif le concept du Parlement représentant de la volonté générale.

CHAPITRE II

LA DISTINCTION DU POUVOIR LÉGISLATIF ET DU POUVOIR EXÉCUTIF D'APRÈS LA CONSTITUTION DE 1875

---

1. — La Constitution de 1875 a consacré en termes exprès la distinction du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif (art. 1er et 7 de la loi du 25 février). Mais elle ne nous dit point ce qu'il faut entendre respectivement par ces mots juridiques : légiférer et exécuter. L'on ne saurait s'étonner de son silence sur ce point : formuler de telles définitions générales, c'est l'affaire du commentateur et non point des auteurs de lois, constitutionnelles ou autres. D'un autre côté cependant, la fixation du sens précis des deux termes légiférer et exécuter a, pour le juriste, une importance considérable. Étant donné que la Constitution de 1875 remet l'un des deux pouvoirs aux Chambres et l'autre au Président de la République, il est d'un intérêt pressant de pouvoir discerner quels sont les objets, les actes ou les matières, qui nécessitent une loi émanant des Chambres, quels sont ceux qui dépendent de la compétence décrétale présidentielle. La Constitution présenterait une lacune incompréhensible, si elle ne fournissait pas à la pratique les éléments de solution de cette question, qui est une question de tous les jours. Mais ces éléments ne font nullement défaut en elle. Pour se rendre compte de l'idée foncière à laquelle répond la distinction actuelle entre la puissance législative et la puissance exécutive, et pour dégager, du même coup, la notion constitutionnelle de loi, il suffit déjà de considérer la méthode qu'ont suivie les textes de 1875 à l'effet de déterminer les attributions de l'Exécutif en face de celles du Parlement législateur.

Dans cette méthode, il y a un premier trait qui, dès l'abord, frappe l'attention. Tandis que la Constitution est muette ou à peu

près sur ce qui peut ou doit être fait par les lois, elle énumère, au contraire, dans des textes multiples, les facultés ou opérations que comprend le pouvoir exécutif, envisagé en la personne de son chef, le Président de la République. En outre, il est à remarquer que chacun des textes relatifs aux pouvoirs présidentiels ne vise qu'une seule sorte d'actes, dont il précise chaque fois strictement la nature et l'objet. Par exemple, il est spécifié par les textes que le Président possède l'initiative des lois, qu'il est chargé d'en opérer la promulgation, qu'il peut demander aux Chambres une nouvelle délibération des lois qu'elles viennent d'adopter, qu'il est en son pouvoir de convoquer les Chambres, de les ajourner, de prononcer la dissolution de l'une d'elles, qu'il lui appartient de nommer les fonctionnaires, qu'il a le droit de grâce, etc... Toutes ces facultés du chef de l'Exécutif, ainsi énoncées une à une et comme au compte-gouttes, se rapportent à des actes dont la consistance est nettement déterminée par le texte constitutionnel qui les lui octroie. Une seule fois, l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet remet au Président un pouvoir général, celui de négocier et de conclure les traités avec les États étrangers, pouvoir qui est susceptible de s'exercer sur des objets indéfiniment variés et qui implique aussi la possibilité d'adopter, par voie de conventions internationales, des règles et des mesures de toutes sortes; mais l'article 8 limite aussitôt ce large pouvoir diplomatique, en exigeant du Président, pour un grand nombre de traités, qu'il obtienne un vote favorable des Chambres, avant de procéder à leur ratification. En dehors des facultés spéciales et limitées qui sont ainsi reconnues au Président par la Constitution, il n'y a qu'un seul texte qui lui confère une puissance ayant, quant à sa matière, une portée vraiment générale : c'est l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février, qui dit qu'il « *surveille et assure l'exécution des lois* ». Mais il est manifeste que, si en un sens cette formule constitutionnelle autorise d'une façon indéfinie tous les actes, et notamment l'émission de toutes les règles, prescriptions ou mesures, qui sont décrétés en vertu de la législation en vigueur, d'autre part cependant elle exclut l'existence dans l'Exécutif d'une puissance vraiment initiale et autonome; car la faculté d'exécuter les lois, si vaste qu'en soit l'étendue, ne peut s'analyser qu'en une capacité d'essence secondaire et d'ordre foncièrement subalterne.

2. — Ainsi, l'idée capitale qui se déduit immédiatement de

l'examen, même sommaire, de nos lois constitutionnelles, c'est qu'à la différence des monarchies, dans lesquelles le chef de l'État tire, soit de la tradition historique, soit de sa qualité de monarque, des prérogatives ayant une source et une base antérieures à tout octroi constitutionnel, dans la République française au contraire, l'Exécutif, même pris en la personne de son chef, ne possède et ne peut exercer que des pouvoirs qui lui aient été expressément concédés et qui sont, par conséquent, des pouvoirs dérivés. En d'autres termes, il ne peut faire un acte quelconque, décréter des règles ou des mesures d'aucune espèce, qu'à la condition de commencer par invoquer un texte qui lui ait formellement conféré compétence à cet effet. Si ce texte qui lui est nécessaire en toute occasion où il prétend agir, ne se trouve pas dans la Constitution elle-même, il faut, tout au moins, qu'il lui soit fourni par une loi. C'est dans cette exigence d'un texte préalable à toute activité de l'autorité exécutive que réside l'élément essentiel de la notion juridique de pouvoir exécutif.

3. — Selon la Constitution de 1875, en effet, l'expression « pouvoir exécutif » ne peut pas signifier que l'autorité investie de ce pouvoir se bornerait à mettre à exécution, au sens vulgaire et littéral du mot, des décisions qui auraient déjà été émises antérieurement par un organe ayant seul qualité pour édicter des règles ou pour déterminer les mesures à prendre. Le rôle de l'Exécutif ne se réduit pas à exécuter, de façon purement servile, des volontés supérieures dont le contenu se trouverait d'ores et déjà pleinement arrêté et intégralement précisé. Bien au contraire, les textes constitutionnels qui définissent les attributions du Président, lui confèrent le pouvoir de prendre par lui-même (sous les conditions découlant du régime parlementaire) des décisions diverses, telles que la dissolution de la Chambre des députés, la nomination de fonctionnaires, etc... De même, les lois ordinaires, qui règlent les facultés de l'Exécutif, sont loin de fixer d'avance et inflexiblement ce qu'il aura à faire. Souvent, il est vrai, elles adoptent de toutes pièces telle mesure dont il aura le devoir de faire strictement application dans tel ou tel cas prévu par leur dispositif. Mais, fréquemment aussi, elles mettent à sa disposition des mesures diverses entre lesquelles elles lui donnent la liberté de choisir, selon ce qui lui paraîtra opportun et utile ; ou encore elles lui laissent le soin d'apprécier éventuellement s'il y a lieu de mettre en mouvement tel moyen d'action qu'elles lui

ouvrent à titre facultatif. Parfois même, elles l'autorisent à créer, par ses propres décrets, des prescriptions ou des mesures entièrement nouvelles et dont elles remettent l'initiative à ses libres décisions. Bien plus, on pourrait concevoir qu'en vue de parer à des éventualités d'une gravité exceptionnelle, elles aillent jusqu'à le rendre maître de décréter indéfiniment toutes les règles ou mesures dont les événements lui paraîtraient nécessiter l'adoption.

Toutefois, si larges que soient les capacités ainsi déférées à l'Exécutif et alors même qu'elles sembleraient s'analyser en de véritables pleins pouvoirs, il reste toujours à observer que la puissance qui se trouve contenue en elles n'a point les caractères d'une puissance primaire, initiale ou spontanée : elle ne repose point sur la propre force créatrice de l'autorité exécutive, sur une force innée qui permettrait à cette autorité de déterminer de sa seule volonté ce qu'elle sera capable de faire. Cette puissance ne consiste jamais qu'en une compétence d'attribution. Elle présuppose, dans tous les cas, un acte de puissance antérieure, par lequel l'Exécutif a été investi des facultés, particulières ou générales, momentanées ou durables, qui sont présentement en sa possession. C'est là le trait essentiel par où se caractérise le pouvoir exécutif et qui lui a valu son nom. La Constitution de 1875 marque ce trait d'une façon bien nette, lorsqu'elle définit, en thèse générale, la fonction présidentielle en disant que le Président « assure l'exécution des lois ». Dans sa brièveté, cette formule est extrêmement significative. Il est remarquable, d'abord, que le pouvoir exécutif n'y est défini, ni par un genre de matières qui formeraient son domaine propre, ni par la nature intrinsèque des actes qu'il comportera. A remarquer aussi que la Constitution ne reproduit point la classification antique et traditionnelle qui distinguait parmi les fonctions étatiques la législation, le gouvernement et l'administration, la justice. A vrai dire, la Constitution ne parle même pas de fonctions, c'est-à-dire d'activités ou de tâches qualifiées d'après leur but, leur objet ou leur matière : elle ne parle que de pouvoirs, c'est-à-dire de facultés de puissance, et elle caractérise et différencie les deux pouvoirs législatif et exécutif uniquement par le rapport de dépendance qu'elle établit entre eux, un rapport qui fait que le second de ces pouvoirs, essentiellement subordonné au premier, ne peut entrer en exercice que moyennant une décision préalable émise à titre législatif et lui ouvrant une possibilité d'action.

Qu'il s'agisse, en effet, de statuer à titre réglementaire ou de prendre une mesure d'espèce, que les décrets présidentiels portent sur le droit applicable aux particuliers ou sur des objets d'ordre administratif interne, le principe posé *ne varietur* par la Constitution, c'est que le pouvoir exécutif ne peut consister, aux mains du Président lui-même, qu'en « exécution des lois ». Ou bien donc les actes de l'autorité exécutive se bornent à faire entrer dans la voie des réalisations effectives les règles, mesures ou décisions, déjà adoptées par une loi, sans d'ailleurs y ajouter quoi que ce soit d'inédit qui dépasse le dispositif du texte législatif; et c'est ici de l'exécution, au sens le plus modeste du mot. Ou bien il s'agit, pour l'Exécutif et pour son chef, d'innover, soit en créant du droit au delà de celui consacré jusque-là par la législation, soit en édictant des mesures qui n'ont encore été adoptées par aucune loi; mais alors, l'idée d'exécution implique, tout au moins, que les innovations de cette sorte devront prendre leur fondement de validité dans une loi, qui ait habilité l'Exécutif à y procéder. L'acte présidentiel fait dans ces conditions est, aux yeux de la Constitution et conformément à la formule précitée, un acte de puissance exécutive, en tant qu'il intervient à la suite et en vertu de la loi qui l'a autorisé; il « assure l'exécution » de cette loi, en ce sens qu'il poursuit et parachève une série d'opérations, dont la loi elle-même a non seulement ouvert le cycle, mais encore autorisé, provoqué ou prescrit la continuation et la terminaison.

4. — Il ressort de cette dernière observation que l'acte exécutif fait en vertu d'une habilitation législative forme, en quelque sorte, le prolongement et la mise en œuvre de la loi qui a habilité son auteur. Si, en effet, ce dernier ne fait pas acte législatif en usant de l'habilitation qui lui a été octroyée, du moins il fait en cela un acte « légal » (V. en ce sens Code pénal, art. 471-15°) : et ce mot de légalité éveille, à lui seul, l'idée que la loi est pour quelque chose dans la prescription ou décision par lui émise.

On a objecté que le fait par le législateur de concéder à l'Exécutif le pouvoir d'accomplir tel acte n'implique point la participation du législateur à cet acte lui-même; et l'on a invoqué, à ce propos, l'argument banal tiré du cas du tuteur qui, en autorisant son pupille à se marier, ne devient pas pour autant partie contractante au mariage. D'autres ont exprimé le même genre d'objection en faisant valoir qu'il y a une différence radicale entre exécuter

des mesures arrêtées complètement par les lois et user d'un pouvoir légal.

Mais ces objections, toutes sensées qu'elles paraissent d'abord, s'évanouissent devant un examen attentif. Le cas du tuteur n'a rien à voir ici, attendu que le tuteur et son pupille sont deux personnes distinctes, tandis que le législateur et l'Exécutif sont les organes d'un être juridique unique, la communauté étatiquement organisée. Lorsque le législateur fait appel ou s'en remet à l'Exécutif pour des actes qu'il l'habilite à entreprendre *proprio motu* et sous sa libre appréciation, l'on doit reconnaître que, sans aller jusqu'à faire ces actes siens, la loi en amorce l'accomplissement : elle pose un principe dont l'Exécutif développera les conséquences; elle est la source génératrice de l'acte, dans la mesure où elle l'a rendu possible et même, par avance, légitimé. C'est en cela que les partisans de la *Stufentheorie* sont fondés à dire que l'activité de l'État, et notamment sa puissance de création du droit, s'exerce par degrés. Dans les rapports entre la loi et le pouvoir exécutif, la gradation résulte de ce que la formation des actes étatiques s'opère en deux temps : le législateur intervient en premier, pour prescrire ou autoriser l'acte; puis, second mouvement, l'Exécutif l'accomplit. L'acte est la résultante de ces deux opérations successives et coordonnées. On ne saurait donc prétendre que le législateur demeure étranger aux actes légaux de l'Exécutif. Ceux-ci ont, il est vrai, l'Exécutif pour auteur immédiat; mais, il a fallu, au préalable, qu'un texte de loi leur ouvre la voie; et même dans le cas où la loi aurait ouvert à l'Exécutif de larges moyens d'action avec des pouvoirs étendus d'appréciation et de décision, il est indéniable qu'elle concourt à la genèse des actes faits en vertu de tels pouvoirs, puisque sans elle ils n'auraient pas pu prendre naissance. Finalement, l'acte est, tout ensemble, l'œuvre de l'Exécutif qui lui donne l'existence, et l'application de la loi qui lui sert de fondement. Il est, à la fois, un acte de puissance exécutive et un acte légal. Tout cela vient se résumer dans la formule constitutionnelle, qui caractérise le pouvoir exécutif par une idée d' « exécution des lois ».

5. — En tenant ce langage, la Constitution marque, en premier lieu, que, dans tout acte de l'Exécutif, c'est encore la puissance de la loi qui s'affirme. Ainsi qu'on l'a dit dans la *Stufentheorie*, l'Exécutif apparaît comme exerçant un pouvoir créateur, lorsqu'on envisage par en bas l'effet de ses actes au regard de ceux, fonc-

tionnaires ou particuliers, qui sont soumis à ses prescriptions ou décisions; mais, vu d'en haut, le pouvoir exécutif ne consiste plus qu'en exécution, c'est-à-dire en des facultés de nature franchement subalterne, attendu que les créations, même les plus originales, de l'Exécutif, présupposent une prescription édictée par une loi, au moins sous forme d'habilitation, prescription supérieure dont elles ne sont que des applications et des succédanés. Le langage de la Constitution marque, en second lieu, que la notion de pouvoir exécutif tient tout entière dans la constatation de la subordination des actes exécutifs à la loi. Cette subordination n'exclut pas seulement la possibilité pour l'Exécutif d'agir *contra legem*. La Constitution ne se borne pas, en effet, à dire qu'il devra se maintenir *intra legem*, dans les limites de la législation existante. Elle spécifie que ses actes doivent être l'exécution de lois : ce qui signifie que la loi conditionne, à la fois, la faculté d'entreprendre l'acte et le contenu éventuel dont celui-ci est susceptible. L'essence du pouvoir exécutif, c'est donc de ne comporter que des actes faits *secundum legem* ou *ex lege*. Le terme pouvoir exécutif apparaît ainsi comme synonyme de puissance légale.

Tel est le trait unique que relève la Constitution pour définir ce pouvoir : et, en effet, cette condition de légalité une fois remplie, elle n'impose point au pouvoir exécutif d'autre restriction. Il se peut que les prescriptions générales ou les mesures de circonstance édictées par les décrets ou arrêtés de l'autorité exécutive soient identiques à celles que l'on rencontre dans les lois. Ni par leur matière, ni par la nature foncière de leur contenu, l'acte exécutif et l'acte législatif ne diffèrent nécessairement l'un de l'autre. Ce qui les différencie invariablement, c'est le rapport d'exécution que la Constitution établit entre eux, et que l'on pourrait qualifier un rapport de cause à effet, en ce sens qu'il faut que la loi ait parlé la première, pour que l'acte exécutif puisse, à son tour, faire ce à quoi la loi l'a autorisé. Même lorsque l'Exécutif prend, en vertu d'une habilitation législative, des initiatives d'une portée considérable, il ne fait pas acte de puissance initiale, mais seulement de puissance dérivée, prenant sa source dans une prescription législative. Et c'est là le seul point que retienne la Constitution, qui, même en pareil cas, dit que l'Exécutif n'a fait que de « l'exécution des lois ». On sait, au surplus, que le langage ainsi adopté par la Constitution est reproduit soit par les lois (V. par exemple, loi du 17 avril 1906, art. 38, qui, chargeant le Président de la République de régler par décret une matière non légi-

férée, s'exprime en ces termes : « Un règlement d'administration publique, rendu *en exécution* de la présente loi, fixera..... »), soit par la jurisprudence (V. Conseil d'État, 6 décembre 1907, *Compagnie de l'Est, etc...*, qui dit des dispositions prises par les règlements habilités qu'elles viennent « *assurer l'exécution* de la loi [d'habilitation] »).

6. — Les diverses notions qui viennent d'être dégagées touchant le pouvoir exécutif, s'appliquent aussi bien aux habilitations données à l'Exécutif par la Constitution qu'à celles qui lui viennent des lois. Quand, par exemple, le Président de la République fait usage de son pouvoir de dissoudre la Chambre des députés, on ne peut pas dire que cette dissolution repose uniquement sur une décision présidentielle : elle procède aussi des textes constitutionnels qui ont introduit cette institution et qui en ont réglé les formes et les conditions. L'état de droit créé par un décret de dissolution a donc sa source dans la Constitution autant et plus que dans ce décret. Il est bien vrai que c'est de l'Exécutif que dépend l'acte de puissance qui viendra donner une réalisation concrète au principe de la possibilité des dissolutions posé *in abstracto* par la loi constitutionnelle : il y a là, de la part de l'Exécutif, une individualisation de ce principe, qui est bien son fait propre. Toutefois, l'Exécutif ne tire pas de lui-même le pouvoir de faire cet acte : il le tire du texte qui l'a habilité à cet effet ; il agit en vertu de ce texte, qu'il devra invoquer dès le début du décret dissolvant la Chambre ; ce décret est un acte exécutif, en tant qu'il est émis en exécution, c'est-à-dire sur le fondement et par application, de la règle constitutionnelle qui a établi l'institution de la dissolution.

7. — Mais le caractère exécutif des actes faits par l'autorité exécutive en vertu d'un texte de la loi constitutionnelle se déduit aussi du fait que les diverses habilitations conférées à cette autorité par la Constitution de 1875 se rapportent toujours à un genre d'actes expressément défini : chacune d'elles ne lui ouvre qu'une compétence spéciale. Et ainsi, la Constitution témoigne qu'elle a obéi, en ce qui concerne la détermination des facultés de l'Exécutif, à un principe capital, celui de la spécialité des habilitations. Ce principe est commun aux habilitations données par la Constitution et à celles venues des lois. Ce qui fait que les facultés conférées à l'Exécutif ont reçu de la Constitution de 1875 elle-même

le nom collectif de « pouvoir exécutif », c'est que chacune d'elles présuppose un octroi fait à titre spécial par un texte formel, constitutionnel ou législatif. Sans doute, les lois peuvent conférer à l'Exécutif le pouvoir de statuer, par voie de réglementation générale ou de décisions d'espèce, sur toutes sortes de matières, comme aussi de prendre toutes sortes de mesures. Mais, d'autre part, l'idée d' « exécution des lois », qui est mise en relief par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février, implique la nécessité des habilitations précises et ayant, en ce sens, une portée limitée. En effet, pour que le rapport entre l'acte habilité et la loi d'habilitation reste un rapport de nature exécutive, il faut que cette loi ait fixé, avec une précision suffisante, l'objet et l'étendue des compétences qui pourront être exercées par l'Exécutif. Or, il n'y aura précision suffisante qu'autant que la loi d'habilitation aura spécifié soit la matière sur laquelle elle autorise l'Exécutif à prendre toutes mesures qu'il jugera utiles, soit un certain genre de mesures qu'il pourra prendre en toutes matières et à toutes fins utiles. Une loi qui autoriserait le Président de la République, indéfiniment, à prendre par décret en toutes matières toutes mesures quelconques, ne ferait plus appel au pouvoir exécutif du Président. Mais la vérité est que, par une telle habilitation générale, elle lui conférerait un pouvoir qui, en définitive, ne serait autre que le pouvoir illimité qui, on va le voir, est réservé par l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février au Parlement, à savoir le pouvoir législatif lui-même. On sortirait ainsi de l'idée d'exécution pour entrer dans celle de législation. Il est donc manifeste que la notion de pouvoir exécutif, telle que l'entend la Constitution de 1875, suppose le principe de la spécialité des habilitations. Toutes capables que soient celles-ci d'intervenir en toutes matières et pour toutes mesures, il faut que chacune d'elles définisse, spécialement, ou bien la matière qui est renvoyée à des décrets, ou bien le genre de mesures susceptibles d'être introduites par décret. Finalement, l'on peut dire que toute la notion actuelle de pouvoir exécutif se ramène à l'idée unique de pouvoir découlant d'habilitations spéciales. Voilà pourquoi la Constitution de 1875 énumère, une à une et expressément, chacune des attributions présidentielles. Voilà pourquoi aussi elle dit, dans l'article 3 précité, qu'en dehors de ces attributions énoncées par elle-même, le Président ne pourra qu'exécuter des lois.

8. — Grâce aux notions qui viennent d'être extraites de la

Constitution de 1875 touchant le pouvoir exécutif, nous possédons à présent tous les éléments nécessaires pour déterminer, avec une entière certitude, ce qu'il faut entendre par pouvoir législatif dans notre droit constitutionnel, et aussi pour dégager le concept sur lequel notre Constitution a fondé la notion de loi. Bien que, nulle part, la Constitution de 1875 n'ait défini directement le pouvoir législatif, aucun doute ne demeure possible sur l'idée qu'elle s'est faite de ce pouvoir. En effet, du moment qu'il est acquis que l'Exécutif, à commencer par son chef, ne peut agir que pour l'exécution des lois, c'est-à-dire pour faire exécuter les prescriptions émises par elles, ou en exécution d'une loi, c'est-à-dire en vertu d'une habilitation spéciale venue d'un texte constitutionnel ou législatif, il résulte de là, immédiatement, qu'en sens inverse, une loi, c'est-à-dire une intervention législative des Chambres, sera indispensable, toutes les fois qu'il s'agit de faire un acte ou d'édicter une prescription pour lesquels il n'existe pas dans la législation, constitutionnelle ou ordinaire, un texte qui permette à l'autorité exécutive, et notamment à son chef, d'opérer elle-même par voie de décret ou d'arrêté. Le sens de la disposition de l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 s'éclaire, dès lors, d'un jour parfait. En disant que le pouvoir législatif s'exerce par les Chambres, l'article 1er pose en principe que, seules, les Chambres peuvent faire par une loi tout ce qui ne rentre pas dans l'exécution des lois en vigueur, telle qu'elle vient d'être définie. L'on comprend, du même coup, pourquoi, dans ces conditions, la Constitution de 1875 n'a pas entrepris de déterminer la matière du pouvoir législatif ou de la loi. Elle n'a pas pu songer, un seul instant, à définir cette matière, pour la raison péremptoire que le domaine matériel de la loi est indéfiniment compréhensif et varié : il s'étend, sans distinction de matière, à tous les objets — c'est-à-dire à toutes les règles, à toutes les mesures, à toutes les décisions, générales ou individuelles, portant sur le droit des citoyens ou sur un autre point quelconque — pour lesquels l'Exécutif se trouve dépourvu d'habilitation.

9. — Il ressort des termes mêmes dans lesquels les articles 1er et 3 de la loi constitutionnelle du 25 février ont exprimé la distinction du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, que cette distinction, et par suite aussi la notion de loi, sont, en droit public français, d'ordre exclusivement formel. Ce n'est pas chez nous

qu'il peut être question de discerner deux catégories de lois, matérielles les unes, formelles les autres. La notion de loi, d'après tout ce qui précède, ne se rattache pas au fait que la Constitution aurait reconnu certaines matières comme législatives en soi, par opposition à d'autres matières, qu'elle aurait placées dans la sphère du pouvoir exécutif. La matière de la loi, c'est tout ce qui ne fait pas partie des habilitations données à l'Exécutif. Ceci veut dire que la notion de loi, dans le droit public français actuel, est déterminée uniquement par un concept relatif à la hiérarchie des organes : or, c'est là un concept de nature purement formelle. Seules, les Chambres ont, comme organe d'une essence supérieure, la puissance de prendre toutes décisions ayant un caractère initial, c'est-à-dire toute décision pour laquelle aucun texte ne désigne une autorité compétente autre qu'elles-mêmes. Ceci, manifestement, n'est plus une question de matière : mais l'on pressent immédiatement qu'un tel principe de répartition des compétences ne peut provenir que d'un concept originaire qui différencie radicalement et essentiellement les puissances dont sont doués respectivement le Parlement, d'une part, et, d'autre part, les diverses autorités instituées au-dessous de lui.

10. — Ce pressentiment ne fait que s'accentuer, lorsqu'on examine de plus près, dans les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, le genre de supériorité et de subordination par où s'affirme l'inégalité de puissance de leurs titulaires respectifs. Si l'on envisage notamment le cas des décrets réglementaires, on ne constate pas seulement qu'ils statuent *generaliter*, tout aussi bien qu'une loi peut le faire ; mais il faut observer surtout que la Constitution de 1875 n'établit aucune classification des matières réglementaires ou législatives et qu'elle n'interdit ainsi au règlement aucune des matières sur lesquelles le pouvoir législatif possède, de son côté, un empire indéfini. On trouve donc dans les décrets réglementaires des prescriptions identiques à celles qui sont édictées par les lois, soit que ces prescriptions concernent les affaires d'administration et le fonctionnement intérieur des services publics, soit qu'elles créent du droit applicable aux particuliers. Et cette identité entre le contenu possible des lois et des règlements fait qu'au point de vue de leur valeur obligatoire, les règles portées par voie de décrets présidentiels possèdent, à beaucoup d'égards, des vertus de même sorte que

celles inhérentes aux règles adoptées législativement par les Chambres. C'est ainsi qu'à la condition d'avoir été légalement décrétées, elles lient, de la même façon que les règles législatives, les particuliers, les fonctionnaires administratifs et les juges. Ainsi encore, s'il s'agit de règlements touchant au droit individuel, les tribunaux judiciaires les appliquent et les interprètent, comme si le règlement était une loi. Le règlement est encore traité comme la loi, en ce que sa violation par les tribunaux judiciaires donne ouverture au recours en cassation de la même manière que la violation d'une loi. Pareillement, l'acte administratif qui a violé un règlement, peut être attaqué à fin d'annulation pour cause d'excès de pouvoirs, comme s'il avait violé les lois elles-mêmes. Sous tous ces rapports, l'identité de nature du contenu des lois et des règlements ne peut manquer d'entraîner, entre prescriptions législatives et prescriptions réglementaires, une identité correspondante de forces et d'effets. C'est pourquoi aussi il n'est pas contestable que le Président de la République, en décrétant les règlements, n'exerce, de son côté et comme le Parlement, la puissance nationale.

Et cependant, malgré leurs effets communs, la Constitution de 1875 marque une différence irréductible entre la loi et le règlement. En disant dans l'article 1er de la loi du 25 février qu'il n'y a que les Chambres qui exercent le pouvoir législatif, elle exclut déjà toute tentative de faire passer la réglementation décrétée par le Président pour de la législation, même secondaire ou accessoire. Surtout, en englobant — comme l'avait fait déjà la Constitution de 1848 (art. 49) — le pouvoir réglementaire dans la formule générale de l'article 3 qui réduit l'ensemble des compétences présidentielles à un pouvoir d'exécution des lois, elle marque, d'une façon saisissante, le trait capital par où se caractérise, à ses yeux, l'opposition entre la loi et le règlement. Même quand le Président décrète des règles de droit entièrement nouveau, identiques à celles que pourraient créer les Chambres, il ne fait toujours que de l'exécution des lois, attendu qu'il ne peut procéder à l'émission de ces prescriptions réglementaires qu'en vertu et dans la mesure des habilitations qui lui viennent d'un texte législatif antérieur. La Constitution ne retient que ce dernier trait : elle en fait l'élément décisif et unique de la distinction entre loi et règlement. Négligeant toutes les ressemblances qui tiennent les prescriptions législatives et les prescriptions réglementaires si proches les unes des autres, elle ne veut voir, dans les rapports

entre la loi et le règlement, que la différence qui vient de ce que ce dernier ne peut intervenir que moyennant une permission du législateur.

11. — Par cette attitude, la Constitution de 1875 révèle, en toute évidence, le concept sur lequel est fondée, de nos jours, la distinction de la loi et de l'acte exécutif. La notion de loi ne dépend plus, selon la Constitution, d'une question de contenu. En effet, il ressort des enseignements fournis par la comparaison de la loi et du règlement que le rôle et la destination de la loi ne sont plus de traiter telles ou telles matières qui relèveraient exclusivement de la puissance de l'organe législatif, tandis que d'autres objets seraient laissés, en principe, à la compétence de l'autorité exécutive. La marque distinctive de la loi ne réside pas non plus dans sa façon de statuer, et par exemple dans le fait qu'elle dispose à titre préventif et par voie de règle générale : car, ce qui est vrai des décrets réglementaires, l'est tout autant des décrets portant sur un cas particulier et actuel; ceux-ci comme ceux-là doivent être légaux, c'est-à-dire puiser leur fondement de légitimité dans un texte de loi, en exécution duquel ils sont autorisés à prendre naissance; et par conséquent, le pouvoir législatif comporte aussi bien des mesures d'espèce que des prescriptions conçues *generaliter*, puisqu'il est appelé uniformément à faire tout ce qui n'est pas exécution d'une loi. Enfin, la Constitution ne s'est pas davantage attachée à la considération des forces ou des effets qui peuvent être communs aux prescriptions ou mesures législatives et à celles, réglementaires ou spéciales, décrétées à titre exécutif : car, sous ce rapport, elle s'est placée, avec une entière logique, à ce point de vue que la loi ne peut être caractérisée et définie que par les forces et les vertus qui, d'abord, n'appartiennent qu'à elle et qui, en outre, appartiennent à toute loi, quel qu'en soit le contenu.

12. — Quelles sont donc les forces qui doivent être reconnues propres à la loi seule et communes à toute loi quelconque, et dans lesquelles la Constitution a vu, par suite, le signe distinctif du pouvoir législatif et l'élément essentiel de sa définition actuelle?

La première force de la loi, dans le système de droit public consacré en 1875, c'est sa force d'initiative. Quand l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février dit que le pouvoir législatif est exercé par les Chambres, il faut d'abord entendre par là que

les Chambres possèdent une puissance initiale qui ne réside qu'en elles.

Le pouvoir législatif du Parlement est bien, seul, une puissance initiale, puisqu'en dehors de lui, la Constitution de 1875 ne parle que d'exécution des lois.

Il est une puissance initiale encore, en tant que la Constitution lui ouvre un champ d'activité qui, au point de vue matériel, n'est limité que par la nécessité pour les Chambres de recourir à une procédure de révision, pour le cas où elles voudraient toucher à l'une des règles organiques, peu nombreuses, inscrites dans un texte constitutionnel. Pour le surplus, la matière éventuelle de la loi s'étend à l'infini. Sous le nom de pouvoir législatif, la Constitution n'a pas conféré aux Chambres une compétence octroyée et d'attribution, mais elle a consenti à sa propre abdication ou peu s'en faut, en leur faisant un abandon quasi absolu de la puissance de tout régler. Il n'y a même pas, dans les lois de 1875, de texte auquel l'on puisse s'appuyer pour contester au Parlement la possibilité de déroger, par des lois d'exception individuelle, à l'ordre juridique général établi par la législation en vigueur.

Enfin, le pouvoir législatif est un pouvoir initial, attendu que sa mise en mouvement dépend de la libre spontanéité de son titulaire : à la différence de l'acte exécutif, qui doit avoir été provoqué ou autorisé par une décision législative, la loi tire sa validité intégralement et exclusivement de la volonté inconditionnée du législateur, et elle peut, par conséquent, ne devoir sa confection qu'à l'impulsion parlementaire. En cela, les tentatives faites de nos jours pour établir un rapprochement entre le pouvoir législatif et la puissance judiciaire apparaissent comme injustifiables. Le juge, même lorsqu'il est appelé à créer du droit dans le silence des lois, ne statue pas d'une façon initiale. Car, il ne devient capable de juger que s'il a été saisi ; et de plus, une fois saisi, il est tenu (Code civil, art. 4) de juger, par la raison qu'aucun litige porté devant l'autorité compétente ne doit rester sans solution. Les facultés créatrices du juge n'ont donc rien de comparable à la force d'initiative dont est doué le législateur. Bien loin de reposer sur de la puissance initiale, elles prennent leur fondement dans une obligation légale imposée à l'autorité juridictionnelle, l'obligation de trancher toute contestation qui lui a été soumise. De là le langage de l'article 4 précité, qui, en cas d'insuffisance de la loi, présente ces facultés non comme l'exercice d'un pouvoir autonome du juge, agissant parallèlement au législateur, mais

comme la suite d'un devoir, qui lui est imposé de source supérieure, et même sous la menace d'une sanction pénale. De là aussi le principe que le juge ne peut statuer et créer du droit que pour les besoins de la cause présente, *inter partes* et à titre de solution d'espèce (Code civil, art. 5). Dans ces conditions et puisque le juge ne crée du droit que pour l'apaisement des litiges, cette création n'est point pour lui un but, mais seulement un moyen.

13. — L'on voit par où la puissance législative se différencie de la puissance exécutive. Lois parlementaires et décrets présidentiels peuvent édicter des prescriptions générales ou des mesures particulières de même nature; et ces prescriptions ou mesures, qu'elles soient édictées par une loi ou par un décret, peuvent porter soit sur le droit qui régit les citoyens, soit sur des affaires d'intérêt public et d'ordre administratif. Les deux puissances sont cependant foncièrement inégales. C'est à raison de leur inégalité qu'on a dit qu'il s'établit entre elles une gradation. Et par là on a voulu donner à entendre que la loi se caractérise par sa priorité et sa primauté. Elle commande et conditionne le pouvoir exécutif, en tant qu'elle lui ouvre la voie où il ne pourra s'engager qu'à sa suite. Elle a donc une portée inaugurale. Le droit qu'elle crée, est un droit primitif, d'où sortira ultérieurement le droit secondaire créé à titre exécutif. De là vient qu'elle statue normalement *in abstracto* et par des dispositions générales : mais on ne saurait prétendre pourtant qu'il soit de l'essence du pouvoir législatif d'opérer *generaliter*, puisque la Constitution de 1875 fait dépendre de lui seul toutes les décisions d'espèce pour lesquelles il n'existe pas de texte de loi permettant à l'Exécutif de les prendre par de simples décrets. Au surplus, il importe d'observer que toute loi, même celle qui n'adopte qu'une décision d'espèce, crée du droit, du droit primitif, au regard de l'Exécutif, en tant qu'elle lui fixe sa ligne de conduite future, soit obligatoirement s'il s'agit d'une décision dont il doive assurer l'exécution, soit facultativement si la loi s'est bornée à lui ouvrir des possibilités d'action.

14. — On peut exprimer cette première sorte de propriétés de la loi en disant qu'elle joue, vis-à-vis de l'Exécutif, et aussi de l'autorité juridictionnelle, le rôle d'un statut supérieur. Non seulement elle domine de sa supériorité l'Exécutif et le juge, qui ne peuvent s'écarter d'elle ni la contrarier. Mais encore et

surtout, elle est le statut initial qui règle leur activité et qui établit leurs compétences, en déterminant ce que ces deux autorités devront ou pourront faire. C'est dans les lois existantes bien plus que dans la Constitution que l'Exécutif et le juge doivent chercher les éléments générateurs de leurs pouvoirs. Car, la Constitution de 1875 est muette quant au pouvoir judiciaire. Et quant à l'Exécutif, elle ne lui confère par ses propres textes qu'un nombre restreint de facultés strictement déterminées ; et pour le surplus, elle lui assigne pour tâche d'exécuter les lois, sans limiter d'ailleurs, ni pour le législateur, ni pour lui, les facultés qu'il pourra tirer de cette fonction d'exécution. Le caractère statutaire de la loi se manifeste donc notamment dans les cas où les lois viennent concéder à l'Exécutif des habilitations. Soit qu'elles fassent passer à sa compétence certaines matières, déjà légiférées ou non, soit qu'elles mettent à sa disposition certaines mesures dont il pourra faire usage dans les circonstances où il le jugera opportun, elles agissent de la même façon que le ferait une Constitution : par les répartitions de facultés qu'elles opèrent entre l'organe législatif et l'autorité exécutive, elles fondent, pour cette dernière, des compétences matérielles.

Sans doute, il demeure vrai de dire — et c'est même un point qu'il importe de souligner — que la Constitution de 1875 a elle-même, par avance, conféré à l'Exécutif, dans l'article 3 de la loi du 25 février, la puissance de faire exécutivement tout ce à quoi les lois l'habiliteront. A cet égard, il n'est point d'acte exécutif, et par exemple de règlement habilité, même portant sur une matière non légiférée, qui ne prenne son fondement dans le droit organique créé par la Constitution. Toutefois, il faut remarquer aussi que la Constitution de 1875, tout en fournissant à l'Exécutif la puissance qui lui sera nécessaire pour exécuter les lois, laisse à celles-ci pleine latitude de fixer, par leurs propres prescriptions, ce que l'Exécutif sera tenu ou capable de faire en exécution de leur texte. Par sa formule : « Le Président de la République assure l'exécution des lois », l'article 3 consacre donc une combinaison d'où il résulte tout ensemble que l'Exécutif tire son pouvoir d'exécution de la Constitution, mais que ce sont les lois qui fournissent à ce pouvoir d'exécution l'occasion de s'exercer, les matières sur lesquelles il trouvera à s'exercer, et aussi les moyens par lesquels il s'exercera. En définitive, le véritable bénéficiaire de cette combinaison, c'est le Parlement, qui, grâce à elle, devient maître de régler la distribution des

compétences entre lui et l'Exécutif. On est fondé à conclure qu'en cela la Constitution de 1875 a égalé le pouvoir législatif au pouvoir constituant : elle a fait des lois le statut générateur et régulateur des compétences de l'autorité exécutive et, on peut le dire aussi, de celles de l'autorité juridictionnelle.

15. — Il serait superflu d'insister sur le fait évident que la puissance initiale et statutaire de la loi ne peut lui venir que de son origine formelle. Mais, quelle est la cause foncière de la prééminence donnée par la Constitution à cette considération formelle d'origine, dans la question des rapports entre la loi et l'acte exécutif ?

Pour justifier la primauté de la loi, on a essayé parfois de faire valoir que la loi ne parvient à son adoption qu'après une discussion contradictoire faite en séance publique des Chambres; les décisions exécutives, au contraire, sont prises à huis clos, le plus souvent dans des bureaux et d'une façon unilatérale. Mais cette explication demeure insuffisante : elle permet, jusqu'à un certain point, de comprendre la supériorité de valeur par où la loi l'emporte sur tout ce qui émane de l'Exécutif; elle ne nous apprend point pourquoi la loi seule est douée de puissance initiale, ni pourquoi cette puissance initiale lui appartient d'une façon illimitée.

En réalité, l'opposition fondamentale qui est si nettement marquée par la Constitution de 1875, quant à la force d'initiative, entre la loi et l'acte exécutif, ne peut s'expliquer que par la différence des qualités en lesquelles Parlement et Exécutif exercent respectivement la puissance nationale. Et encore ne suffirait-il pas, pour motiver la force si haute et l'étendue si vaste de la puissance initiale de la loi, d'invoquer la simple idée de supériorité hiérarchique du Parlement. Certes, on conçoit qu'à raison de ses attaches électives avec le corps populaire, le Parlement ait été mis par la Constitution au-dessus du chef de l'Exécutif, qui ne peut se réclamer de l'élection par le peuple; et l'on ne saurait par suite s'étonner que l'activité exécutive soit subordonnée à la volonté initiale parlementaire. Toutefois, si l'on n'avait à invoquer que la supériorité de rang de l'organe législatif, l'on ne parviendrait pas à expliquer de façon satisfaisante l'une des principales particularités du pouvoir législatif, à savoir celle qui fait que, d'après la Constitution de 1875, la loi est capable d'initiatives allant jusqu'à régler librement les facultés de l'Exécutif et, par

exemple, jusqu'à habiliter, au gré du législateur, les règlements présidentiels, soit quant à la matière, soit quant aux mesures susceptibles d'être prises par décret. Une telle puissance chez le législateur ne peut pas être rattachée uniquement à l'idée d'une gradation de qualités et de pouvoirs entre le Parlement et l'Exécutif. Car elle ne s'analyse pas seulement en puissance d'un degré supérieur, mais la vérité est qu'elle apparaît comme douée des caractères et des vertus propres à la souveraineté elle-même. Elle implique, par conséquent, que la Constitution de 1875 ne s'est pas bornée à reconnaître au Parlement une primauté hiérarchique de qualité et de rang parmi les diverses autorités constituées, mais qu'elle l'a assimilé au souverain et, par là même, essentiellement différencié de toutes autres autorités; du moins, il en est ainsi, dans la mesure où les textes constitutionnels de 1875 se sont abstenus de limiter les facultés qu'ils conféraient au Parlement sous le nom de pouvoir législatif.

16. — Par cette conclusion, à laquelle il semble impossible d'échapper, tout s'éclaire : et la force initiale de la loi, et sa portée statutaire, et le pouvoir qu'elle a de régler les compétences de l'Exécutif. Mais par là aussi, on est amené à constater que la notion de loi qu'a implicitement consacrée la Constitution de 1875, rejoint celle qui, dès 1789, avait trouvé son expression dans l'article 6 de la Déclaration des Droits et qui avait fait dire à la Constitution de 1791 (tit. III, art. 3 du ch. II, sect. 1re et art. 6 du ch. III, sect. 3, combinés) que toute décision adoptée par le Corps législatif en forme législative acquiert, de ce seul fait, la force transcendante qui est le propre du pouvoir législatif. D'où, en effet, le Parlement actuel pourrait-il tirer cette puissance initiale, d'essence souveraine, qui fait de lui le libre ordonnateur des compétences et en dehors de laquelle il ne reste place que pour de l'exécution des lois, si ce n'est du concept révolutionnaire qui voyait dans la Législature la représentation même du souverain, c'est-à-dire de la nation et, en celle-ci, de la totalité des citoyens qui la composent? Par la nature et l'étendue des facultés législatives qu'elle a laissées au Parlement, la Constitution de 1875 — que ses auteurs s'en soient ou non rendu compte — a fait revivre cette conception de la loi expression de la volonté générale, qui procède elle-même de l'idée, préalablement affirmée dès 1789, que, dans l'assemblée des députés délibérant législativement, tous les citoyens se trouvent présents ou, en tout cas, représentés.

17. — Cette idée préalable est à double face. En son sens positif, elle implique que la volonté du Corps législatif possède toutes les aptitudes et toutes les forces de la volonté générale souveraine. Mais elle a aussi pour signification négative d'exclure chez l'Exécutif le pouvoir de représenter le peuple et sa volonté. Car la volonté populaire ne se prête pas à une représentation par deux organes agissant, non en concours, mais séparément et avec des pouvoirs d'égale nature. C'est ainsi qu'il a été observé plus haut (p. 19) qu'en 1791, le veto opposé par le roi à une loi adoptée par le Corps législatif n'avait d'autre effet que le renvoi à la Législature subséquente : seule une Législature pouvait exprimer, sur la loi ainsi mise en suspens, la volonté populaire; bien qu'en aient dit les constituants d'alors, la Constitution n'était donc point parvenue à faire du roi, en ce qui concernait la législation, un représentant véritable. Il en est de même, aujourd'hui : du moment qu'il est reconnu que les pouvoirs législatifs actuels du Parlement présupposent en lui la qualité de représentant de la volonté générale, il ne reste pas possible d'admettre que cette même qualité puisse se retrouver parallèlement dans l'Exécutif. Comment pourrait-elle, d'ailleurs, appartenir à un Exécutif qui ne se rattache pas au corps populaire par les liens de l'élection? Alors même que cet Exécutif décrète des règles du même genre que celles légiférées par le Parlement, ses décrets ne peuvent point passer pour des énonciations de volonté générale. Il fait bien œuvre de puissance nationale, mais il n'exerce pas la puissance nationale en ce qu'elle a de souverain. Il agit bien pour le compte de la nation, mais en une qualité qui est tout autre que celle dont le Parlement est revêtu. Car, tandis que le Parlement représente la nation, l'Exécutif se borne à exercer pour elle un office, une compétence et — pour reprendre le terme, toujours exact, dont se servaient les orateurs de la première Constituante — une fonction commise. En un mot, il n'est, en face du Parlement souverain, qu'une simple autorité. Ce qui est vrai, c'est que les décrets émanant de l'Exécutif, de même que les actes accomplis par lui, doivent procéder de la volonté générale, en ce sens qu'ils ne peuvent intervenir qu'en exécution de cette volonté souveraine, telle que l'auront manifestée précédemment les représentants nationaux. Assurément, la volonté générale ne peut pas prétendre pourvoir indéfiniment par elle-même à l'émission de toutes les règles et mesures qu'il y a lieu, à tout instant, d'édicter dans l'État; mais, du moins, il a

paru qu'elle doit, comme volonté première, intervenir nécessairement, en toutes choses, à l'effet de déterminer, d'une façon initiale, qui aura compétence pour statuer ou agir, et aussi à l'effet de fixer à l'autorité désignée comme compétente les conditions d'exercice et les limites de son pouvoir. De là vient précisément que l'Exécutif ne peut rien entreprendre qu'à la suite d'une habilitation découlant soit d'un texte constitutionnel, soit au moins, si la Constitution n'a pas parlé, d'un texte législatif. Il n'est pas besoin de faire remarquer que ce système actuel de priorité de la loi, ainsi motivé, dépasse de beaucoup la pensée dont s'inspirait Montesquieu pour affirmer la nécessité d'une séparation organique entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Montesquieu ne revendiquait cette séparation que dans l'intérêt des particuliers. Aujourd'hui, les citoyens trouvent leur sûreté à l'encontre de l'Exécutif dans le principe général qui fait dépendre le pouvoir exécutif tout entier des permissions données par une loi antérieure.

18. — La deuxième force caractéristique de la loi consiste dans la puissance de valeur qui s'attache à son contenu, une puissance dont elle seule est capable et qui va jusqu'à rendre ce contenu, quel qu'il soit, intangible à l'encontre de toute autorité autre que le législateur. Cette puissance est tellement absolue qu'on ne peut l'expliquer, elle aussi, qu'en la fondant sur l'idée que par la loi le Parlement énonce la volonté générale et souveraine de la nation. Si, en effet, la loi possède des vertus souveraines, ce ne peut être que pour la raison que les volontés législatives exprimées par le Parlement sont rapportées par la Constitution au souverain lui-même; et ceci implique que le Parlement a été considéré comme le représentant et l'égal du souverain. C'est donc cette qualité spéciale, monopolisée par les assemblées parlementaires, qui fait que la loi ne s'impose pas seulement aux citoyens, mais qu'elle domine et régit l'activité de tous les organes étatiques fonctionnant à côté du Parlement, ceux-ci étant traités non plus en représentants de la volonté nationale, mais — selon le mot de Rousseau (*Contrat social*, liv. III, ch. 1er) — en « ministres » de cette volonté.

19. — La supériorité de la loi s'affirme, d'abord, en ce que les autorités et fonctionnaires de toutes sortes sont tenus d'obéir à ses dispositions, soit en s'y conformant et notamment en se

maintenant dans les bornes des pouvoirs qui leur viennent d'elles, soit en procurant, par voie de mesures gouvernementales et administratives ou par voie de décisions juridictionnelles, l'exécution des textes législatifs. La supériorité de la loi s'affirme, en outre, en ce que son contenu ne peut être modifié ou abrogé, et il ne peut y être dérogé, que par une nouvelle loi. Le Président de la République peut modifier ou rapporter ses décrets, parce que ceux-ci ne sont que des manifestations de la puissance exécutive dont il est le titulaire en chef; il pourrait même, par voie de décret spécial, déroger à ceux de ses décrets généraux qui n'ont pas créé de l'ordre juridique portant sur du droit individuel; mais il va de soi qu'il ne puisse toucher aux lois, qui sont œuvre de volonté nationale. Seul, le Parlement, en tant qu'il est investi du pouvoir d'exprimer cette volonté, n'est pas lié par les lois existantes et demeure toujours maître d'y apporter des changements ou des exceptions. A plus forte raison est-il capable de modifier les décrets présidentiels : car la volonté nationale prime naturellement ce qui a pu être décrété par un Exécutif qui ne représente pas la nation. La loi apparaît donc, en tout cela, comme ayant une puissance renforcée, comme pourvue d'une vigueur plus grande que les autres manifestations de pouvoir étatique. La même règle, selon qu'elle est posée par une loi ou par un décret, prend une force différente. Lorsqu'elle a été émise comme « loi de l'État » (*Sic*, formule de la promulgation des lois, établie par le décret du 6 avril 1876), c'est-à-dire par le Parlement, elle possède, au regard de l'Exécutif et de l'autorité juridictionnelle, la valeur d'un statut supérieur et intangible. Elle revêt ce caractère de statut en faveur des citoyens aussi, puisque ceux-ci tirent de la supériorité inhérente aux règles législatives la garantie que le droit qui est établi pour eux par une loi ne pourra être changé que moyennant une intervention législative du Parlement. On se trouve ainsi ramené à l'idée qu'il y a, dans la loi, quelque chose de statutaire. D'ailleurs, ce caractère statutaire n'appartient pas qu'aux lois statuant par voie de règle générale. Même les décisions législatives par lesquelles le Parlement prend une mesure de circonstance, fût-ce pour régler un cas individuel, produisent un effet de nature statutaire, en ce que la mesure réglant le cas visé a une force régulatrice vis-à-vis des autorités étatiques elles-mêmes : elle devient, en effet, du fait de son adoption parlementaire, et relativement au point réglé par elle, l'une des règles qui détermineront ou limiteront l'activité de toutes les autorités subordonnées au Parlement.

20. — En somme, il résulte de ces observations sur la supériorité de valeur de la loi que, dans l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février, il faut entendre par pouvoir législatif, outre le pouvoir de décision initiale qui est dans les Chambres, la puissance qu'elles ont et qui n'appartient qu'à elles, d'imprimer à leurs décisions la force de loi, c'est-à-dire la force en vertu de laquelle la loi prime toutes décisions prises ou à prendre dans l'État par d'autres que le législateur.

L'on dira peut-être qu'il n'est pas besoin, pour justifier cette primauté de la loi, d'invoquer le concept qui identifie la loi avec la volonté générale. Il semble, en effet, que les supériorités, statutaires ou autres, qui viennent d'être relevées comme propres au contenu des lois, se légitiment, d'une façon à la fois très simple et très suffisante, par la raison, d'ailleurs incontestable, que la Constitution a assigné au Parlement la place la plus haute dans l'échelle des détenteurs du pouvoir national. La hiérarchie des organes suffit amplement à motiver la hiérarchie de leurs actes respectifs.

Mais, dans le système de supériorité de la loi consacré en 1875, il reste, en tout cas, un point que l'on ne parviendrait pas à justifier par la seule idée de hiérarchie. Cette supériorité a été poussée si loin que la Constitution n'a même pas réservé la possibilité d'une résistance opposable à la loi du chef de l'inconstitutionnalité de son contenu. Que les autorités tenues d'exécuter et d'appliquer juridictionnellement les lois soient exclues du pouvoir d'en discuter le mérite ou l'opportunité, ceci est affaire de hiérarchie. Mais, dans l'État de droit moderne, il n'est pas de considération hiérarchique qui puisse légitimer l'immunité absolue dont jouissent les décisions législatives du Parlement et qui les soustrait à tout contrôle comme à toute éventualité d'attaque, alors même qu'elles seraient arguées de violation de la Constitution. Il est indéniable cependant — on y reviendra plus loin — que la Constitution de 1875 a entendu l'intangibilité de la loi dans ce sens absolu. Même les auteurs qui prétendent actuellement que rien en elle ne mettrait obstacle à ce que les tribunaux refusent l'application des lois inconstitutionnelles, même ceux-là ne peuvent contester le fait que l'idée de discussions susceptibles d'être accueillies par les tribunaux touchant la validité de la loi applicable à l'espèce à juger n'est pas entrée en ligne de compte dans l'organisation qui a été donnée en 1875 au pouvoir législatif. Si la Constitution avait fait la moindre part à cette idée, elle n'au-

rait pas pu passer entièrement sous silence le pouvoir judiciaire. Par le silence même qu'elle a gardé sur ce point, la Constitution de 1875 en dit long sur le concept qu'elle s'est fait de la puissance législative du Parlement et surtout du fondement de cette puissance parlementaire. Pour que la Constitution n'ait pas songé, un seul instant, qu'il pût y avoir, en dehors du Parlement, une autorité capable de contrôler et de juger la validité de ses lois, il faut qu'elle ait envisagé la volonté parlementaire comme douée de la même suprématie de puissance que la volonté exprimée par le souverain lui-même. Il n'y a, en effet, que la volonté du souverain avec laquelle aucun citoyen, ni aucun organe constitué, ne puisse être admis à entrer en discussion. C'est ce concept de la puissance absolue du Corps législatif, en tant que représentant de la volonté générale, qui, durant la période révolutionnaire, a tenu en échec le projet de jurie constitutionnaire de Sieyès. Aujourd'hui pareillement, un système d'intangibilité de la loi, tel que celui qui résulte du fait qu'il n'a été prévu aucune possibilité de mettre en question la validité de son contenu, suffit à prouver péremptoirement que la Constitution de 1875 a obéi, sur ce point, à la tradition venue de la Révolution : elle a traité le pouvoir législatif des Chambres comme un pouvoir identique à la souveraineté.

21. — Finalement donc, les facultés de puissance qui ressortent pour la loi des textes de 1875, sont tout aussi significatives que si la Constitution avait reproduit en toutes lettres la formule de 1789-91, qui définissait la loi l'expression de la volonté générale. Cette formule donnait à entendre que la loi est, comme la volonté générale, la volonté première de laquelle doit dépendre tout le reste de l'activité étatique, et aussi la volonté la plus haute devant laquelle tout doit plier dans l'État. Telle est aussi la double force qui, d'après la Constitution de 1875, s'attache à la loi, soit quant à son pouvoir d'initiative, soit quant à sa puissance d'effets. Rien n'est possible ou valable que par la loi; aucune opposition ne peut être dressée contre elle. Par ce double trait il apparaît clairement que la Constitution de 1875 a consacré, à la base de sa conception du pouvoir législatif, l'assimilation établie par les fondateurs du droit public français entre la volonté législative du Parlement et la volonté générale de la nation. Si les textes de 1875 n'ont pas énoncé expressément le principe que la loi est l'expression de la volonté générale, ils ont adopté intégralement les conséquences qu'avait tirées de ce principe la Révolution : c'est

comme s'ils avaient adopté et reproduit, dans sa teneur de 1789, le principe lui-même.

De ce principe, fondé sur la qualité représentative en laquelle le Parlement légifère, vont découler toute une série de conséquences.

⁂

22. — En premier lieu, il résulte du concept qui a prévalu touchant la notion constitutionnelle de loi, qu'il n'y a plus place, dans notre droit positif actuel, pour la théorie dualiste qui, opposant les lois matérielles aux lois formelles, aboutissait à une double notion de la loi.

Remarquons d'abord que, dans cette théorie qui portait spécialement sur une question de terminologie, il y avait un vice ou, en tout cas, une équivoque, qui provenait de ce que le nom de loi était appliqué, tantôt à une certaine catégorie d'actes, ceux faits en forme législative, tantôt à certaines prescriptions formant le contenu d'actes de forme variable — lois formelles, décrets réglementaires, traités internationaux, sans parler de la coutume, — contenu que l'on prétendait être en soi de nature législative.

Il n'est pas logique de confondre, dans l'appellation commune de loi, ce qui a reçu forme législative et ce qui possède intrinsèquement valeur de loi. Car, ou bien le concept de loi se rapporte à la forme de l'acte dit législatif et à des effets que l'emploi d'une telle forme est seul capable de produire; en ce cas, il n'est pas de règle ou de prescription qui, en l'absence de cette forme, puisse être désignée du nom de loi. Ou, au contraire, l'idée de loi prend sa source dans les propriétés foncières que possèdent, de par leur nature même, certaines prescriptions ou mesures, propriétés qui sont considérées comme des éléments de force législative et, par suite, comme les marques distinctives de la législation; mais alors, l'acte dont le contenu ne possède pas ces propriétés ne saurait, quelle que soit sa forme, réaliser la notion de loi. Cette notion ne se prête donc pas à un dédoublement. Il ne peut y avoir qu'un seul critérium de la loi. On pourrait, il est vrai, concevoir que — comme le disait Rousseau (*Contrat social*, liv. II, ch. 6) — il entre dans la définition de la loi à la fois une condition de forme et une condition de fond. Mais, ce qui n'est pas possible, c'est d'admettre la coexistence de deux sortes de lois, les unes purement formelles, les autres purement matérielles. Ces deux caté-

gories s'excluent l'une l'autre, attendu qu'elles répondent à deux concepts différents et inconciliables. Si la loi doit son nom et sa force caractéristique à sa forme, il ne peut être question de lois matérielles. Et réciproquement, si l'on admet que la législation est composée de prescriptions qui tirent leur qualité de lois de vertus et de caractères inhérents à leur dispositif, il faut déduire de là que, lorsque les Chambres adoptent en forme législative un dispositif qui n'a point ces caractères et ces vertus, elles ne font pas en cela une loi véritable.

23. — Mais ce n'est pas seulement dans sa terminologie que la théorie qui distingue des lois matérielles et formelles, apparaît comme vicieuse. La principale objection à lui opposer, c'est que, sur le terrain du droit positif, il demeure impossible de la maintenir en face de la notion actuelle de pouvoir législatif, telle que celle-ci se dégage indubitablement des textes constitutionnels de 1875. Admettre qu'il y ait des prescriptions qui soient lois matérielles, c'est à dire lois en soi, bien qu'elles n'aient pas été érigées en lois formelles, c'est méconnaître le concept constitutionnel, venu de l'époque révolutionnaire et implicitement adopté en 1875, suivant lequel la loi se caractérise par une puissance d'initiative et d'effets supérieurs, qui lui vient de ce qu'elle est l'expression de la volonté générale et qui, par suite, ne peut lui appartenir que si elle a été édictée comme telle par le Parlement, seul représentant de cette volonté. De ce concept il résulte qu'aucune prescription ne peut être loi matérielle, si elle n'est en même temps loi formelle. Peu importe que certaines prescriptions émanées de l'Exécutif produisent tels ou tels effets qui leur sont communs avec ceux des prescriptions du même genre édictées par l'organe législatif : cette communauté d'effets, qui n'est d'ailleurs que partielle, ne saurait signifier qu'elles soient des lois en un sens quelconque, puisque, d'après la Constitution, n'est loi que ce qui est œuvre de pouvoir législatif et que le pouvoir législatif n'appartient qu'aux Chambres. De même, admettre qu'il y ait des lois qui seraient purement formelles, c'est méconnaître le concept constitutionnel actuel, suivant lequel la forme législative est précisément la cause génératrice, et en outre la cause unique, des forces et des effets qui sont le monopole de la loi et qui, par suite, spécifient le pouvoir législatif. De ce concept il résulte, à nouveau, que toute décision adoptée par voie de loi formelle possède, du seul fait de sa forme, la plénitude des

vertus qui constituent, quant au fond, l'essence même de la loi. Toutefois, quand nous disons que la forme, à elle seule, suffit à faire d'une décision quelconque une loi au sens intégral du terme — et cela a déjà été dit plus haut, p. 37 —, il ne faut pas conclure de là qu'actuellement la notion de loi, toute formelle et exclusivement formelle qu'elle soit devenue, demeure dépourvue de toute base foncière et rationnelle. Si, en effet, la forme législative est la source unique des supériorités qui, d'après la Constitution, sont le signe distinctif de la loi et l'élément essentiel de sa définition, c'est pour une raison d'ordre foncier : cette raison de fond se trouve dans les idées mêmes qui, dès 1789, ont conduit les créateurs de notre régime représentatif à poser en principe que les décisions en forme législative du Corps législatif doivent être considérées comme l'œuvre de la volonté générale. Voilà pourquoi une loi formelle est aussi, toujours et nécessairement, une loi en un sens foncier et absolu.

24. — C'est pourquoi aussi la Constitution de 1875 ne s'est aucunement préoccupée de définir le domaine matériel du pouvoir législatif, encore moins de dresser une liste énumérative ou limitative des matières de législation. Le domaine de la loi est sans bornes, comme celui de la volonté générale. D'une part, il est nécessaire qu'une décision législative des Chambres intervienne, toutes les fois qu'il s'agit de faire acte de volonté première sur un objet ou un point quelconque dont aucune loi ne s'est encore occupé : seul, en effet, le Parlement est investi, comme représentant de la volonté générale, de la puissance d'aborder, par une décision initiale, les questions que soulève la réglementation de cet objet. D'ailleurs, il est libre, toujours en vertu de sa qualité représentative, de régler ces questions intégralement par la loi qu'il y consacre, ou de se borner à charger, par cette loi, l'Exécutif de les régler, en tout ou en partie, par des décrets. D'autre part, le pouvoir législatif comprend, indéfiniment aussi, toutes les règles ou mesures, même d'espèce, auxquelles le Parlement entend conférer la valeur supérieure et la force d'effets qui sont propres à la volonté générale : le Parlement est donc maître de légiférer sur tout objet, même sur ceux qui, d'après la législation préexistante, seraient de la compétence de l'Exécutif; car, la volonté générale dont il est l'agent d'expression et à la souveraineté de laquelle il participe, l'emporte en puissance sur les compétences exécutives précédemment établies par

des lois et elle demeure toujours capable d'en modifier l'étendue.

On s'explique ainsi, et ainsi seulement, l'attitude d'abstention prise par la Constitution quant à la détermination ou à la délimitation de ce qui est ou peut devenir matière de loi. Mais l'on voit aussi combien le droit public actuel se trouve éloigné des conceptions qui ont provoqué naguère la théorie des lois matérielles et formelles. Il y a eu un temps où la loi paraissait avoir pour destination et pour raison d'être de formuler les règles générales. Puis est venue une période durant laquelle l'idée qui a prévalu a été que la loi était appelée à jouer son rôle dans le domaine du droit qui régit les particuliers, les innovations à apporter à ce droit formant la matière réservée au pouvoir législatif. C'est en vertu de ces conceptions anciennes que s'est introduite et accréditée la doctrine qui étendait le nom de lois, au sens matériel, aux décrets statuant *generaliter* ou à ceux touchant à du droit individuel et qui, en revanche, n'accordait que le nom de lois formelles aux actes en forme législative du Parlement, lorsque ces derniers portaient sur un cas isolé ou sur un objet autre que le droit de chaque citoyen. Aujourd'hui, il ressort de la Constitution que la loi a pour rôle d'exprimer, en toutes choses et sans distinction d'objet, la volonté générale de la communauté nationale, celle-ci étant envisagée comme la volonté primitive, fondamentale et prépondérante, par où tout doit débuter dans l'État et à la suite de laquelle il n'y a plus place que pour de l'exécution; et cette notion de la loi se relie essentiellement à l'idée que la volonté générale ne peut être représentée et exprimée que par le Parlement. Il suit de là que le contenu des actes qui émanent d'une autorité autre que le Parlement ne peut être qualifié loi en aucun sens, pas plus en un sens matériel qu'en un sens formel, attendu que seul, le Parlement est capable d'énoncer de la volonté générale : c'est ce que dit la Constitution de 1875, qui spécifie qu'il n'y a que les Chambres qui puissent exercer du pouvoir législatif. Inversement, tout ce qui est adopté par les Chambres en forme législative vaut comme expression de volonté générale et constitue, par suite, une loi dans la pleine acception actuelle de ce terme et avec toute la plénitude des forces qui, en vertu de la supériorité de la volonté générale, sont véritablement et exclusivement propres à la loi. Il faut donc conclure que la distinction entre des lois de deux sortes a fait son temps et est inconciliable avec le concept unique de la loi qui a fini par s'installer victorieusement dans le droit public français.

25. — Au fond, les auteurs allemands qui ont forgé la théorie des deux sortes de lois, s'étaient bien rendu compte eux-mêmes que les Constitutions sur lesquelles ils raisonnaient, entre autres la Constitution prussienne de 1850 (art. 62) et celle donnée en 1871 à l'Empire (art. 5), ne consacraient plus qu'une notion formelle de la loi : car, dans ces textes, comme aujourd'hui dans les articles 68 et suivants de la Constitution de Weimar, la loi n'était définie que par les conditions organiques de sa formation, conditions dont la réunion y était présentée comme étant à la fois nécessaire et suffisante pour que la notion constitutionnelle de loi se trouvât pleinement réalisée. Mais la puissance des théories traditionnellement reçues au sujet des lois était si solidement établie que l'on n'avait pu se résigner, dans la littérature allemande, à abandonner la doctrine, passée en force de vérité incontestée, selon laquelle l'idée de loi se confondait avec celle de règle de droit, étant entendu que, parmi les règles émises dans l'État, celles-là seules méritaient le nom de règles de droit qui ont une portée générale ou, tout au moins, qui touchent aux facultés ou charges de quelque particulier. C'est pour sauvegarder et maintenir cette notion traditionnelle de la loi qu'a été imaginée la catégorie des lois au sens matériel et foncier, à côté de la catégorie simplement formelle qui était seule mentionnée dans la Constitution. En d'autres termes, la distinction des deux catégories législatives a eu pour but d'opérer un raccordement entre le concept de la loi venu du passé et un concept nouveau qui venait de triompher dans la Constitution. C'est dire que la notion de loi matérielle n'était qu'une survivance d'idées périmées et qui avaient cessé d'avoir cours dans le droit constitutionnel nouvellement adopté : elle n'était plus d'accord avec la Constitution en vigueur ; il n'y avait plus là, en définitive, qu'un anachronisme sans valeur.

26. — Si encore cette théorie des lois matérielles avait été construite sur des bases qui aient pu être acceptées comme rationnellement satisfaisantes ! Mais la notion de règle de droit qui lui a été donnée comme base, était elle-même viciée par les obscurités et les contradictions dont elle était pleine. La première de ces contradictions, c'est d'avoir opposé entre elles deux sortes de règles, dont les unes seulement recevaient le nom de règles de droit, ce qui était une façon de dire que les autres ne méritaient pas ce nom. A quoi l'on a objecté que le juriste n'a à prendre en

considération, en fait de règles, que celles qui concourent à constituer l'ordre juridique en vigueur : or, toute règle quelconque formant un élément de cet ordre juridique est par cela seul et ne peut être nécessairement qu'une règle de droit. Cette objection fondamentale apparaît déjà, à elle seule, comme décisive. Aussi n'est-il point surprenant que les auteurs qui ont prétendu définir la loi matérielle par la règle dite de droit, ne soient jamais parvenus à dégager, d'une façon précise, le critérium suivant lequel cette sorte de règles se seraient distinguées de celles auxquelles ils refusaient la qualité de règles de droit.

27. — En premier lieu, on ne saurait admettre que l'idée de règle de droit soit conditionnée par la généralité de la disposition. Cette idée ne suppose pas essentiellement une norme édictée *in abstracto* et sans acception de personnes ; mais elle se trouve réalisée, toutes les fois qu'une décision est émise par une autorité publique compétente, à l'effet de faire naître, fût-ce à l'égard d'un individu déterminé et unique, un état de droit qui ne se trouvait pas établi antérieurement. Or, il n'est pas de décisions particulières des diverses autorités étatiques qui ne soient susceptibles de produire parfois un tel effet. Un décret présidentiel, un arrêté administratif, un jugement de tribunal, s'ils ne se bornent pas à appliquer purement et simplement, à la situation individuelle qu'ils visent, du droit préétabli, créent, pour la personne dont ils déterminent normativement les facultés ou obligations, un état de droit qui n'était pas encore acquis auparavant, donc une règle de droit proprement dite.

On serait même tenté de soutenir, avec l'école de la *Stufentheorie*, que tout acte administratif ou juridictionnel qui ne fait qu'individualiser et concrétiser une prescription générale en l'appliquant à un cas particulier et actuel ou à une personne déterminée, contient encore une règle de droit, puisqu'il déduit de cette prescription générale une conséquence qui constitue elle-même, à l'égard de l'espèce ainsi réglée, un nouvel élément de l'ordre juridique en vigueur, et un élément qui sera susceptible, à son tour, de produire de nouveaux effets de droit. Toutefois, il importe de relever une différence capitale entre les décisions administratives ou juridictionnelles de cette dernière sorte et celles qui consistent, de la part de l'administrateur ou du juge, à statuer plus ou moins librement en vertu d'un pouvoir d'appréciation personnelle conféré à ces agents par le droit antérieur. Les unes et les autres

ont un caractère exécutif, puisqu'elles présupposent invariablement un texte à exécuter : mais le genre d'exécution qui leur est respectivement propre, varie grandement, selon que l'autorité qui prend la décision se borne à appliquer strictement une solution déjà imposée par une règle préétablie ou qu'elle innove la solution à donner en vertu de pouvoirs qu'elle tient d'une règle préexistante. Seules, les décisions d'espèce émises en vertu de tels pouvoirs impliquent production de droit véritablement nouveau ; les autres, en dépit de leur portée régulatrice, ne créent pas du droit inédit, elles ne font que constater et déclarer, c'est-à-dire réaliser, à l'égard de la personne intéressée, le droit qui résulte pour celle-ci de l'ordre juridique précédemment établi, et à cet ordre juridique elles n'ajoutent rien d'autre que sa réalisation même.

Mais, même si l'on réserve le nom de règles de droit aux règles qui sont créatrices de droit nouveau, l'on constate que la notion de règle de droit n'est nullement liée à celle de règle générale. Voici un décret par lequel le chef de l'Exécutif, agissant en vertu de la compétence qui lui a été attribuée par la Constitution ou par une loi ordinaire, nomme un fonctionnaire, gracie un condamné, autorise un changement de nom ; ou encore une mesure prise envers un administré par l'autorité administrative, usant de pouvoirs plus ou moins larges qu'elle tient d'un texte législatif ; ou aussi un jugement donnant à une espèce litigieuse une solution que le juge a dû dégager par voie d'interprétation d'une loi douteuse et, peut-être même, qu'il a dû, dans le silence de la législation, improviser par ses propres moyens. Toutes ces décisions, bien que dépourvues de généralité, apparaissent non seulement comme possédant, relativement au cas sur lequel elles statuent, une efficacité régulatrice, mais encore comme engendrant, en vue de ce cas, du *jus novum*, en sorte qu'il est impossible de contester qu'elles ne fassent naître de toutes pièces, à l'endroit de la personne visée, une règle de droit dans toute l'acception logique et juridique de ce terme. C'est ce qui a fait dire des jugements, entre autres, lorsqu'ils interviennent dans ces conditions, qu'ils sont la loi des parties entre lesquelles ils ont été rendus. A plus forte raison, l'acte en forme législative par lequel les Chambres adoptent une mesure exceptionnelle, par exemple celle consistant à récompenser par une distinction honorifique les services rendus à la nation par un grand citoyen ou à attribuer à sa veuve une pension privilégiée, apparaît-il comme créant une règle de droit : et cela, non point seulement au regard du bénéficiaire de telles

mesures individuelles, mais, à vrai dire, *erga omnes*, en tant que l'état de droit institué pour ce cas individuel s'impose au respect de tous; si bien qu'il devient, en ce sens, un élément de l'ordre juridique de la communauté tout entière; en ce sens aussi, il est permis de dire de telles décisions que, toutes particulières qu'elles soient, elles réalisent la parole de Rousseau : « Quand le peuple statue sur tout le peuple, j'appelle cet acte une loi » (*Contrat social*, liv. II, ch. 6). Il n'est donc guère conforme à la saine logique de réserver le nom de règles de droit aux seules règles générales. Mais alors, si l'on fait coïncider la notion foncière de loi avec celle de règle de droit, il devient impossible de refuser la qualité intrinsèque de loi à de nombreuses mesures ou décisions individuelles, émises aussi bien par les autorités exécutives ou juridictionnelles que par l'organe législatif, et auxquelles cependant personne n'a songé à appliquer, en aucun sens, la qualification de lois lorsqu'elles émanent d'une autorité autre que le Parlement.

En somme, il est fort probable que la croyance à la nécessité de la généralité de la loi et de la règle de droit ne serait pas demeurée si fermement enracinée dans les esprits, si ceux-ci n'avaient été influencés par l'idée politique que, dans le système de l'État de droit, « la loi doit être la même pour tous », comme le proclamait l'article 6 de la Déclaration de 1789. Mais, il faut reconnaître que, dans la conception française de la loi, issue pareillement de la Révolution et basée sur le principe que le Parlement exprime la volonté nationale en ce qu'elle a de souverain, il ne demeure aucunement possible d'enchaîner le législateur à l'obligation de n'édicter par ses lois que des règles formulées *generaliter*. Et d'ailleurs, les faits sont là qui prouvent, par maints exemples, que, selon notre droit public positif, les Chambres ne peuvent pas se voir opposer d'obstacle, lorsqu'elles croient avoir de bonnes raisons d'adopter, en certaines circonstances, une loi statuant par voie de mesure particulière ou exceptionnelle. Enfin, au point de vue théorique, on notera que même les partisans de la *Stufentheorie*, si portés qu'ils soient, pour les besoins de leur construction juridique, à définir en principe la loi comme une règle générale, se défendent de vouloir soutenir qu'il soit de l'essence de la loi de statuer *generaliter*. On peut donc conclure avec certitude que ce qui fait la loi et la règle de droit, ce n'est point la généralité de la disposition.

28. — Il y a lieu de répudier tout aussi fortement la doctrine

qui prétend réserver le nom de règles de droit et, partant, de lois dépendant de la compétence parlementaire, aux seules règles qui sont destinées à produire effet sur le droit régissant les particuliers. Déjà les origines monarchiques (V. p. 7, *supra*) de ce concept de la loi et de la règle de droit donnent à penser qu'il ne peut être maintenu dans des Constitutions, comme celle de 1875, qui n'admettent pour le chef de l'Exécutif d'autres prérogatives que celles qu'elles lui ont expressément octroyées et qui, en outre, spécifient que sa compétence, réglementaire ou autre, ne comporte que des actes consistant à procurer l'exécution des lois : c'est dire qu'il n'existe aucun domaine matériel dans lequel le chef de l'Exécutif possède, parallèlement aux Chambres, une puissance régulatrice capable de s'exercer d'une façon indépendante et spontanée. Selon les principes constitutionnels de 1875, le Président de la République est donc dépourvu d'une telle puissance initiale, non seulement au regard des particuliers — attendu qu'il n'existe pas de loi qui, même pour le maintien de l'ordre public, lui confère sur eux un pouvoir de police générale du genre de celui qui appartient au maire de chaque commune dans les limites du territoire communal —, mais encore en ce qui concerne les affaires publiques ou administratives, auxquelles une certaine école prétend donner le nom d'affaires de l'État, par la raison que les affaires de cette sorte n'intéressent, dit-on, que la communauté populaire prise dans son ensemble étatique, et non point individuellement les citoyens envisagés dans la sphère de leur statut juridique particulier. Le droit public français consacré par la Constitution de 1875 ignore toute distinction entre deux catégories de règles, dont les unes échapperaient seules aux initiatives présidentielles parce qu'elles sont applicables aux particuliers, tandis que les autres relèveraient de la libre compétence de l'Exécutif parce qu'elles se rapportent à des affaires qui seraient à considérer comme étant exclusivement celles de l'État. Si, en fait, il intervient couramment de nombreux décrets posant des règles très diverses sur le fonctionnement des services publics, cela ne doit pas être rattaché à un prétendu pouvoir de réglementation spontanée que l'Exécutif possèderait en cette matière ; mais ces décrets s'expliquent et se légitiment par le motif qu'ils viennent assurer la marche et l'activité d'un service qui a été créé par la loi elle-même, en sorte qu'ils forment la suite naturelle et l'un des modes d'accomplissement de la mission qu'a le Président de la République d'assurer l'exécution de cette loi.

29. — Il faut reconnaître cependant qu'en ce qui concerne les règlements relatifs aux services publics, il y a, dans l'état actuel de notre droit public lui-même, des raisons qui ont fait que l'Exécutif a pu prendre l'habitude d'en édicter un bon nombre qui procèdent de sa seule initiative et ne s'appuient réellement sur aucune loi antérieure. La première de ces raisons, c'est que, comme il s'agit de règlements qui ne doivent produire effet qu'à l'intérieur des services, les administrés n'ont pas la possibilité d'en attaquer la validité, attendu qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt personnel qui serve de légitimation à leur recours contentieux. De leur côté, les agents du service, liés qu'ils sont par le devoir d'obéissance hiérarchique inhérent à leur fonction, sont obligés de se conformer à ces décrets. Il n'y a donc que le Parlement qui pourrait intervenir en pareil cas, à l'effet de faire respecter ses droits de supériorité : il pourrait dans ce but, et en usant de menace contre les ministres responsables, contraindre le Gouvernement à retirer le décret irrégulier. En pratique cependant, le Parlement laisse faire : soit parce qu'il trouve son compte à ces initiatives qui allègent sa tâche; soit, surtout, parce qu'il sait qu'au fond il n'a rien à craindre de ces empiétements, vu qu'il garde toujours la ressource de faire sur la matière une loi qui refoulera tous règlements contraires. Au surplus, il appartient au Parlement d'habiliter les règlements par ses textes législatifs. Dès lors, puisque tout dépend ici de la volonté parlementaire, on comprend que celle-ci puisse tolérer, après coup, des règlements qu'il était en son pouvoir d'autoriser par avance.

30. — Autre est le cas des règlements qui touchent, sans habilitation législative, au droit des particuliers, et notamment des règlements dits de police. Cette fois, la question de validité du décret non habilité ne se pose plus seulement dans les rapports entre l'Exécutif et le Parlement, et la tolérance de celui-ci ne peut plus suffire. Mais ce sont les administrés eux-mêmes qui sont en droit de se pourvoir contre le règlement fait sans pouvoir. On peut s'étonner que la jurisprudence ait prétendu maintenir la validité de règlements de cette sorte à l'encontre des pourvois formés par les intéressés. Peut-être s'est-elle laissée impressionner par des considérations d'ordre utilitaire : il se peut, en effet, que le principe de la Constitution qui n'admet que des règlements exécutant une loi, ne satisfasse pas toujours aux besoins de la pratique. Toutefois, quand il s'agit de décrets tou-

chant au régime juridique des citoyens, il ne dépend pas de l'autorité juridictionnelle de remédier aux inconvénients de la Constitution ou aux insuffisances de la législation : c'est au législateur seul qu'il appartient, en pareil cas, d'élargir, par ses habilitations préalables, le cadre de la puissance réglementaire de l'Exécutif. Admettre que le Gouvernement puisse, sans permission législative, modifier le droit applicable aux citoyens par des règlements spontanés, fût-ce pour des besoins de police, ce serait rétrograder en arrière de Montesquieu, qui a dit que les citoyens n'auraient plus de sûreté, si l'autorité exécutive pouvait par elle seule modifier la condition juridique qui leur est faite par les lois. On en reviendrait ainsi à un régime qui offrirait des ressemblances fâcheuses avec celui, tant critiqué, de la Charte de 1814, qui donnait au roi le pouvoir de faire librement les règlements « nécessaires pour la sûreté de l'État ». Il faut observer, en effet, qu'il y a une grande différence entre le cas des règlements de police municipaux et celui des règlements décrétés par le Gouvernement pour la police du territoire national. Dans les limites modiques de la commune, les entreprises policières du maire ne peuvent porter que sur des objets d'une importance restreinte : un pouvoir d'initiative policière attribué à l'Exécutif sur toute la communauté nationale pourrait être employé à des fins politiques qui le rendraient redoutable. L'on s'explique donc fort bien qu'aucune loi n'ait conféré au Président de la République un tel pouvoir général de police.

31. — Des observations qui viennent d'être présentées, on serait tenté de conclure qu'en somme, l'état de choses résultant pratiquement en France du jeu des institutions parlementaires est voisin de celui que les Allemands ont naguère fondé principiellement sur leur distinction entre *Rechts* et *Verwaltungsverordnungen*. Seuls, les règlements présidentiels touchant au droit des particuliers demeureraient réellement soumis à la nécessité des habilitations en règle. Et l'on se trouverait ainsi ramené inéluctablement au concept qui, réservant le nom de « droit » aux règles constituant le droit des citoyens, fait de celles-ci la matière propre, spéciale et unique, de la loi. Il est certain cependant que ce concept de la loi et de la règle de droit demeure étranger à la Constitution de 1875, qui ne contient aucune indication pouvant donner à penser qu'elle en ait fait la base de la répartition matérielle à établir entre le domaine du pouvoir législatif et celui des compé-

tences de l'Exécutif. Non seulement elle ne s'y réfère en aucune mesure, dans les textes (art. 1er et 3 de la loi du 25 février) qu'elle consacre aux deux pouvoirs législatif et exécutif : mais il faut ajouter qu'elle ne pouvait rationnellement l'adopter.

C'est un concept inacceptable, d'abord, en tant qu'il prend sa source dans l'idée que seules les règles touchant au droit des particuliers intéressent individuellement ceux-ci et méritent, comme telles, que leur adoption dépende de l'appréciation des assemblées élues par eux. Au point de vue politique, il n'est guère d'idée plus contestable que celle-là. Elle a eu sa raison d'être, au temps où Montesquieu dénonçait l'urgence de procurer aux citoyens, dans la sphère de leur droit particulier, une sûreté et des garanties, qui leur avaient fait défaut jusque-là : et certes, en ce temps-là, c'était déjà un grand progrès que de fournir aux citoyens un régime de protection, consistant en ce que leur statut juridique ne pouvait être modifié que par des règles édictées par les assemblées législatives ou, tout au moins, avec le concours ou l'autorisation de ces assemblées. Mais ce régime ne saurait suffire, de nos jours, à donner satisfaction aux exigences nées, dans l'esprit public, non seulement des aspirations démocratiques, mais du sentiment des intérêts véritables du peuple et de ses membres. Il n'est guère logique, en effet, de subordonner à une loi émanée des Chambres la moindre question de droit privé, et par contre de laisser à l'Exécutif la puissance de régler par ses décrets autonomes toutes les questions concernant les affaires publiques, sous le prétexte que celles-ci ne regardent que l'État seul. Comme si les règles concernant ces affaires n'avaient point, pour les citoyens eux-mêmes, des répercussions qui, bien qu'indirectes, finiront tôt ou tard par les atteindre, et peut-être d'une façon sensible. Comme si surtout l'État pouvait avoir un intérêt qui lui serait exclusivement propre et auquel ses membres individuels demeureraient étrangers. Les Constitutions modernes ne sauraient donc s'en tenir au système, inspiré de l'*Esprit des lois*, qui, sous le nom de système de l'État de droit, n'impliquait l'intervention législative parlementaire que dans les cas où le droit des citoyens se trouve en jeu. La Constitution de 1875, en particulier, s'est gardée de lier la définition du pouvoir législatif à l'idée que ce pouvoir correspondrait à une matière spéciale quelconque, droit des citoyens ou autre. Mais, partant de l'idée que tout ce qui est entrepris, décidé ou accompli dans l'État, doit avoir à sa base une manifestation de la volonté générale du peuple, et combinant cette vue politique

avec le principe juridique suivant lequel le Parlement est en toutes choses le représentant de cette volonté. la Constitution de 1875 réduit, dans tous les domaines, l'Exécutif à un pouvoir d' « exécution des lois »; et par là, elle marque fortement que tout dans l'État doit débuter par une loi qui, tout au moins par voie d'habilitation, énonce, sur le point qu'elle vise, la volonté première de la communauté nationale et qui fournisse ainsi aux autorités subalternes matière à exécution. C'est ce que l'on pourrait appeler le système de l'État légal, un système dans lequel il faut toujours que ce soit une loi qui ait, d'une façon primordiale et introductive, ouvert la voie à l'activité de toutes autorités autres que le Parlement.

32. — Mais la doctrine qui définit la loi, au sens matériel, par la règle de droit, n'est pas exclue seulement par les textes positifs de la Constitution. Elle apparaît encore comme fausse en soi, en tant qu'elle ne veut considérer comme génératrices de droit que les règles qui visent ou atteignent les particuliers dans leurs facultés ou obligations personnelles. Il est surprenant que cette notion rétrécie du droit ait pu se faire si largement accueillir dans la littérature juridique et y soit si longtemps demeurée dominante. Comment concevoir, en effet, que, parmi les éléments constitutifs de l'ordre juridique en vigueur, il puisse s'en trouver qui ne soient pas des facteurs de droit? Toute prescription ou décision émanant d'une autorité compétente, quel qu'en soit l'objet, quels que soient les termes, généraux ou spéciaux, dans lesquels elle est émise, apparaît, par cela seul qu'elle introduit dans cet ordre juridique quelque nouveauté inédite, comme donnant naissance à une règle de droit.

Il n'y a pas que les règles opposables aux particuliers ou invocables par eux qui constituent du droit. C'est ainsi qu'une loi ou un décret organisant des services administratifs ou édictant des prescriptions relatives à leur fonctionnement interne engendrent une réglementation qui, même s'il n'en doit résulter aucune faculté ni charge pour les administrés, a, du moins, pour effet de créer, à l'intérieur du service et pour les fonctionnaires dont elle vient ordonner l'activité ou les relations, des règles qui déterminent leurs capacités ou qui leur imposent des devoirs de service, donc des règles de droit dans toute la force du terme, puisque ces règles concourent à l'établissement de l'ordre juridique qui régnera dans l'État. Leur dénier le caractère de règles de droit à cause de leur

efficacité purement administrative, cela reviendrait à prétendre que le droit administratif demeure, en tout cas pour une part considérable, situé en dehors de la sphère du droit. De même, envisageons le cas où une loi vient décider la construction d'un ouvrage public, tel qu'un monument national, route, etc... Aux yeux de l'école qui a fondé la distinction des lois formelles et matérielles, une décision législative de cette sorte ne peut constituer une loi au sens foncier du mot, attendu qu'elle ne porte pas sur le droit des personnes. Les Allemands lui ont donné naguère le nom de *Verwaltungsgesetz*, ce qui signifiait, dans leur pensée, qu'elle ne formait que le point de départ d'une série enchaînée d'opérations constituant de l'activité administrative : elle était donc elle-même un acte administratif matériel et ne pouvait être qualifiée loi qu'en un sens formel. La vérité est, au contraire, qu'une telle loi édicte pour l'autorité administrative une règle de conduite, qui détermine, relativement à l'objet visé, l'activité qu'auront à exercer les administrateurs : elle produit en cela un effet de droit, et de ce chef elle contient pour eux une règle de droit proprement dite. Ces observations s'appliquent, d'une façon plus évidente encore, à la loi du budget, qu'on a voulu faire passer pour un acte d'administration et non point de législation matérielle, parce que, disait-on, elle répond à un besoin de gestion économique et non de création du droit. C'était méconnaître le fait, pourtant incontestable, que le budget, bien que consistant en chiffres, a, pour l'autorité administrative, la portée et la valeur d'une règle directrice, et aussi d'une habilitation, qui lui fixent, du point de vue financier, tout un programme d'action pour l'exercice à venir. Par là même que cette règle budgétaire conditionne et détermine l'activité des administrateurs, elle devient, au plus haut degré, l'un des facteurs de l'ordre juridique mis en vigueur par la législation. Est-il besoin d'ajouter que la loi du budget, en même temps qu'elle est la règle financière de l'action administrative, touche aussi, et vivement, les citoyens eux-mêmes?

33. — Ainsi, il vient d'être montré qu'il n'est pas de loi — générale ou spéciale, statuant sur le régime juridique des particuliers ou sur une question se rapportant aux affaires dites de l'État — qui n'engendre, pour ceux qu'elle concerne, citoyens ou fonctionnaires, quelque faculté ou obligation, et, pour la communauté nationale elle-même, un élément de l'ordre juridique établi dans

son sein. Par là même, on voit se dérober la base sur laquelle a été construite la théorie qui prétendait distinguer une catégorie de lois qui ne seraient que des lois purement formelles. Cette théorie se fondait, en effet, sur une opposition prétendue entre deux sortes de règles, dont les unes seraient des règles de droit, tandis que les autres se trouveraient dépourvues de ce caractère; et, identifiant la loi avec la règle de droit, elle ne reconnaissait aux actes en forme législative qui édictent des règles de la seconde sorte, que la qualité de lois simplement formelles. Or, toute décision adoptée en la forme prescrite par la Constitution pour l'exercice du pouvoir législatif crée et ne peut créer que du droit. Toute loi formelle, quel qu'en soit le contenu, est donc aussi une loi dans la pleine signification du terme : car, en même temps qu'elle remplit les conditions de l'acte législatif quant à son mode de formation, elle réalise aussi la notion de loi quant au fond, en raison des effets de droit que son contenu comporte. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait supposer des cas où le dispositif adopté par la législation ne soit susceptible de produire pour personne aucun effet juridique : tel serait le cas de l'acte en forme législative dans lequel il ne serait énoncé qu'une proposition purement idéale d'ordre philosophique, politique ou autre. Mais l'acte formulant une proposition de ce genre ne serait loi à aucun égard, pas même au point de vue formel; car la forme législative, à elle seule, demeure impuissante à imprimer la qualité de loi en un sens quelconque à un acte dont le contenu est dénué de toute vertu obligatoire.

34. — Le concept de loi simplement formelle doit donc être répudié. Quant au second concept législatif — celui qui a donné naissance à l'idée de lois purement matérielles — il n'y a pas davantage place pour lui dans le système des Constitutions qui, comme celle de 1875, posent en principe que le pouvoir législatif ne peut être exercé que par un organe déterminé. Dire, en effet, comme le fait la Constitution de 1875, que les Chambres seules sont capables de faire acte de puissance législative, c'est marquer clairement que la notion de loi dépend d'une condition d'origine en l'absence de laquelle aucune loi véritable ne saurait se concevoir. Et cette condition d'origine implique, à son tour, que la loi tire ses caractères distinctifs de la qualité spéciale de son auteur. C'est bien là ce qui a été vérifié précédemment pour le droit public français. Si, dès 1791, la Constitution française a attaché

le nom et la force spécifique de loi à tout décret émané de la Législature populaire, si actuellement la Constitution de 1875 fait dépendre la formation de la loi et les vertus supérieures qui sont propres à la règle législative, de l'adoption de cette règle par les Chambres, c'est parce que le Parlement a été érigé, en raison de ses attaches populaires, en représentant spécial et même exclusif de la nation souveraine et de la volonté générale, et parce que cette qualité représentative et souveraine des assemblées parlementaires devait nécessairement avoir pour suite, comme aussi elle seule pouvait avoir pour suite, de conférer à leurs décisions en forme législative les supériorités qui forment de nos jours le signe distinctif et l'essence même de la loi. De là est résulté que toute loi formelle réalise intégralement le concept de loi : car tout dispositif de loi formelle acquiert, du fait seul de son origine, les propriétés qui font de lui une des règles constitutives de l'ordre juridique supérieur de la communauté nationale. Mais de là aussi il résulte qu'il ne peut être question d'une catégorie législative qui serait celle de lois uniquement matérielles, c'est-à-dire de lois qui, bien que n'ayant pas été adoptées par le Parlement, auraient droit à leur qualification législative, du chef seul de leur contenu. Peu importe, en effet, que les règlements émanés de l'autorité exécutive ou que telles décisions de l'autorité juridictionnelle créent des règles inédites, dont la nature intrinsèque fait qu'elles produiront, à certains égards, des effets de droit identiques à ceux que produiraient les mêmes règles légiférées par les Chambres. En dépit de ces ressemblances foncières, la prescription régulatrice décrétée par le chef de l'Exécutif, la décision régulatrice prononcée par arrêt de justice, ne peuvent, en aucun sens, être qualifiées lois, de même qu'elles ne sont aucunement des ouvrages de puissance législative. Il leur manque, pour cela, ce qui est la source unique des propriétés éminentes qui spécifient la loi, à savoir d'être l'œuvre de ces assemblées parlementaires qui, parce qu'elles ont seules été admises à la représentation du souverain, sont seules aussi à avoir reçu de la Constitution le pouvoir législatif, c'est-à-dire le pouvoir de revêtir une règle quelconque des forces appartenant à la volonté générale.

35. — Ce que la Constitution désigne sous le nom de pouvoir législatif, c'est, en effet, un véritable pouvoir de souveraineté. Les Chambres, en adoptant les lois, font acte de souveraineté, en tant qu'elles statuent d'une façon initiale et inconditionnée, en

tant aussi que leurs décisions législatives conditionnent et, au besoin, refoulent toutes décisions d'autorités autres que le législateur. La loi, d'après cette double force attachée au pouvoir législatif, a donc aussi pour double caractère essentiel d'être : 1° une règle primordiale, œuvre d'un organe par qui s'exprime la volonté première et autonome de la communauté, et formant le droit primitif d'où découlera tout le droit ultérieur; 2° une règle douée de valeur suprême, participant des vertus souveraines qui ont été considérées comme inhérentes à la volonté générale, et exerçant par suite sa primauté sur l'activité future de toutes autorités subordonnées au législateur, en tant que cette activité pourrait avoir des répercussions se rapportant à l'objet réglé par une loi. Il est manifeste que ces deux caractères font l'un et l'autre défaut aux prétendues lois matérielles. Non seulement les règles de droit édictées par des autorités autres que le Parlement ne constituent que du droit secondaire, n'ayant pu être émises qu'en vertu de textes valant habilitation de la part du souverain ou de son représentant. Mais encore elles sont dénuées de la force propre à la loi, soit en tant que leur existence est à la merci de la législation à venir, soit en tout cas par ce motif qu'elles ne sauraient entrer en balance ou en lutte avec le droit créé par le législateur, ainsi que cela ressort notamment de l'impuissance des jugements, selon le droit positif français, à paralyser et à mettre hors fonction, fût-ce pour cause d'inconstitutionnalité de leur contenu, les lois adoptées par les Chambres.

Finalement, on aboutit à la conclusion que toute loi formelle, puisqu'elle emprunte à la puissance de son auteur la plénitude des caractères et des forces qui sont le monopole de la loi, est loi sous tous les rapports, mais qu'au contraire aucune règle de droit ne peut être qualifiée loi, en quelque sens que ce soit, si elle n'est loi formelle. C'est dire que la distinction dualiste des lois matérielles et formelles, si elle a pu avoir sa raison d'être en d'autres temps et sous d'autres régimes, est actuellement devenue inconciliable avec les Constitutions qui, comme celle de 1875 en France, entendent par pouvoir législatif le pouvoir pour le Parlement d'énoncer par ses lois la volonté générale et souveraine de la nation. Les Allemands eux-mêmes ont fini par revenir de cette distinction qui avait exercé sur leur littérature d'avant-guerre un empire si absolu : on a pu juger de leur revirement par les attaques très vives qui ont été dirigées contre elle, au cours de la session de 1927 de l'Association des professeurs allemands de

Droit public, et qui avaient pour but d'établir qu'il ne peut être admis, dans le droit moderne, qu'une seule et unique notion de la loi (V. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 4, 1928). Il n'est guère croyable que, même en Allemagne, la théorie des lois dites matérielles et formelles puisse se relever des coups que ces attaques lui ont portés.

⁂

36. — De ce que la loi a été conçue ou, en tout cas, traitée par la Constitution de 1875 comme l'expression parlementaire de la volonté générale, il faut déduire une seconde conséquence, particulièrement intéressante : c'est que le pouvoir législatif ne se prête à aucune délégation susceptible d'être consentie par les Chambres à d'autres autorités, et notamment à l'Exécutif.

On sait la place considérable qu'a tenue jusqu'à nos jours cette question de la délégation de puissance législative dans la littérature, et aussi les variations auxquelles elle a donné lieu dans la jurisprudence. Elle s'est posée au sujet des décrets réglementaires faits par le Président de la République à la suite et en vertu d'une habilitation qui lui a été donnée par une loi. Ordinairement, la loi qui permet ou prescrit ces règlements présidentiels, subordonne leur adoption à l'avis préalable du Conseil d'État. Étant donné que, d'après l'interprétation littérale appliquée depuis la Restauration à l'article 52 de la Constitution de l'an VIII, cet avis n'est nécessaire que pour les règlements dits d'administration publique, les Chambres, quand elles veulent provoquer un règlement délibéré en Conseil d'État, spécifient législativement que le règlement qu'elles autorisent, sera un règlement d'administration publique. C'est donc à propos des règlements de cette sorte que l'on s'est demandé quelle était la nature de l'habilitation conférée par le législateur à l'Exécutif, bien qu'à dire vrai cette question aurait pu se poser pour tout règlement quelconque fait en vertu d'une habilitation législative.

37. — Pendant longtemps, les auteurs et les arrêts du Conseil d'État se sont accordés à voir dans une telle habilitation une concession de pouvoir législatif faite par le législateur au chef de l'Exécutif. Cette façon de voir prenait ses origines premières dans des traditions venues des périodes monarchiques ou napoléo-

niennes, au cours desquelles le pouvoir réglementaire, dans son ensemble, a été considéré comme une seconde sorte de pouvoir législatif, parallèle à celui du Parlement et découlant des prérogatives personnelles inhérentes à la puissance du chef de l'État dans la monarchie. Au cas où le règlement portait sur quelque matière que le chef de l'État n'aurait pu aborder spontanément et pour laquelle une habilitation législative lui avait été nécessaire, on tenait encore qu'il faisait œuvre de législateur; seulement, le pouvoir législatif lui venait, cette fois, non plus de sa prérogative monarchique, mais, disait-on, d'une délégation consentie par le Corps législatif. Ce sont ces habitudes d'esprit, contractées dans les temps monarchiques, qui ont, plus que toute autre cause, fait que jusqu'au XXe siècle le Conseil d'État a maintenu un système d'assimilation entre les règlements d'administration publique et les lois. L'assimilation consistait notamment en ce que ces règlements étaient soustraits au recours en annulation pour cause d'excès de pouvoirs : ils étaient traités, sous ce rapport, comme les lois, dont la validité ne peut être discutée devant l'autorité juridictionnelle. Du même coup, le Président de la République était traité lui-même comme exerçant, dans ses règlements d'administration publique, une puissance semblable à celle du législateur. Il continuait à faire figure de personnage monarchique comme les chefs d'État des régimes antérieurs : dans le régime présent, il prenait le caractère d'organe participant à la puissance de représentation nationale et souveraine qui est reconnue par la Constitution de 1875 au Parlement, et il apparaissait ainsi comme ayant, concurremment avec le Parlement, la qualité de représentant de la nation.

Il est clair cependant que, dans une Constitution républicaine comme celle de 1875, le chef de l'Exécutif ne pouvait fonder son pouvoir réglementaire sur une prérogative personnelle de nature monarchique. La Constitution elle-même avait, dans l'article 3 de la loi du 25 février, englobé le pouvoir réglementaire tout entier dans la formule qui subordonne l'activité présidentielle à une condition principielle d' « exécution des lois »; et par là, elle avait exclu la possibilité de baser aucune espèce de règlements, même celle des règlements d'administration publique, sur une idée de puissance originaire ou autonome de la personne présidentielle. Mais le Conseil d'État suppléait à cette insuffisance personnelle du Président, en faisant intervenir, tout au moins pour les règlements d'administration publique, l'idée de

délégation législative, une idée d'où il résultait qu'en habilitant le chef de l'Exécutif à faire des règlements de cette sorte, les Chambres lui avaient transféré leur propre puissance représentative et l'avaient ainsi élevé à un rang de représentation égal au leur.

On aurait pu, il est vrai, objecter à cette théorie de la délégation législative qu'il n'était guère logique de l'avoir forgée uniquement en vue des décrets réglementaires. Car il n'y a pas que des décrets portant réglementation générale qui aient besoin d'habilitation législative. Les décrets spéciaux, de leur côté, ne peuvent intervenir qu'au titre de l'exécution des lois, et l'article 3 précité n'établit, à cet égard, aucune différence entre eux et les décrets réglementaires. On n'a cependant jamais songé à étendre la théorie de la délégation législative aux décrets spéciaux émis en vertu d'une habilitation donnée *ad hoc* par le Parlement. La raison ne doit en être recherchée que dans l'influence qu'a gardée sur les esprits la croyance à la généralité de la loi : du moment que la généralité de la disposition passait pour une condition du concept de loi, il ne pouvait être question d'un rapprochement entre la législation et les mesures d'espèce prises par voie de décret. Les décrets spéciaux, au sujet de qui l'on reconnaissait qu'ils n'ont rien de législatif, ne pouvaient donc, même s'ils procédaient d'une habilitation concédée par une loi, constituer des actes de puissance législative déléguée; ils demeuraient entièrement et exclusivement sous l'empire de l'idée d'exécution des lois.

38. — Le fait que cette idée d'exécution a seule été retenue par la Constitution de 1875 comme fondement du pouvoir décrétal du Président, aurait dû suffire à convaincre, dès l'abord, les auteurs et la jurisprudence qu'aucun décret, fût-il de ceux qui portent règlement d'administration publique, ne se prête à une qualification de puissance législative. Pourtant, ce n'est que dans les dernières années du XIXe siècle que les auteurs se sont aperçus des incorrections et des incohérences de la théorie de la délégation. Encore n'est-il pas bien sûr qu'ils aient nettement dévoilé la principale des raisons qui rendent cette théorie inacceptable.

Ce sont les constitutionnalistes qui, les premiers, ont attaqué l'idée de délégation législative, en faisant valoir qu'elle ne saurait se concilier avec le principe français de la souveraineté nationale. De ce principe il résulte, en effet, qu'aucun des organes constitués ne peut disposer en maître du pouvoir qu'il a reçu de la Constitution : la raison en est que les divers pouvoirs appar-

tiennent à la nation, et à elle seule. Les Chambres, en particulier, a-t-on dit, n'ont pas sur le pouvoir législatif un droit de maîtrise et de libre disposition : car elles ne détiennent pas ce pouvoir comme un bien propre, mais comme un pouvoir national, dont elles ne possèdent que l'exercice, et qu'elles doivent, par suite, exercer dans les conditions où la Constitution le leur a remis. Or, d'après l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février, il n'y a qu'elles qui puissent l'exercer : ce texte s'oppose donc à ce qu'elles le délèguent à qui que ce soit.

Cette argumentation semble péremptoire. En réalité, la valeur en est fort douteuse. Car il y a lieu de rappeler ici que le système représentatif français a, dès 1789-91, dévié du principe de la souveraineté nationale : en confondant la volonté générale avec la volonté législative parlementaire, il a fait du Parlement l'égal du souverain, ou plutôt il l'a érigé effectivement en souverain. Sous le nom de pouvoir législatif, les Chambres tiennent de la Constitution une puissance de volonté maîtresse qui ne rencontre, dans cette même Constitution, que bien peu de limitations. En particulier, la Constitution de 1875 ne limite aucunement l'objet et le degré des habilitations qu'elles sont capables de donner à l'Exécutif : la seule réserve principielle à faire à cet égard est celle de la spécialité qui est requise pour chaque habilitation. Aussi, en chaque circonstance où il y a une règle à poser, une mesure à prendre, le Parlement peut, à son choix, adopter par lui-même la règle ou la mesure qu'il juge convenables, ou au contraire charger par un texte de loi l'Exécutif de statuer à sa place par décret. On ne peut donc pas dire que la Constitution ait déterminé obligatoirement les conditions dans lesquelles le Parlement devra exercer son pouvoir législatif. La vérité est plutôt qu'elle lui permet d'user de son pouvoir législatif pour régler à son gré la distribution des compétences entre lui et l'Exécutif; et c'est là pour le Parlement une puissance de nature souveraine ; le Parlement, en opérant de telles distributions, agit à la façon d'un souverain. Dès lors, cette sorte de souveraineté parlementaire semble rouvrir la porte à l'idée de délégation : car le souverain est, de par sa souveraineté même, libre de disposer de ses pouvoirs. De ce point de vue donc, on serait tenté de conclure que les habilitations données par les Chambres à l'Exécutif s'analysent bien en des délégations de pouvoir.

39. — A leur tour, les auteurs administratifs ont combattu la

théorie de la délégation, en tant qu'elle avait conduit le Conseil d'État à juger que le recours pour excès de pouvoirs n'était pas recevable contre les règlements d'administration publique. Ils ont fait remarquer que cette jurisprudence entrait en contradiction avec l'article 9 de la loi du 24 mai 1872. Ce texte dit, en effet, que le recours en annulation peut être formé devant le Conseil d'État contre « les actes des autorités administratives ». Or, quelle que soit l'idée que l'on se fasse des règlements quant à leur nature intrinsèque, il demeure incontestable que tout règlement est un acte non de l'organe législatif, mais de l'autorité exécutive : ainsi que l'indique le nom de « règlement administratif » qu'on lui donne habituellement, il est, par sa forme et son auteur, un acte qui rentre dans la formule de l'article 9. Le règlement d'administration publique doit donc, comme les règlements ordinaires, être reconnu susceptible du recours en annulation. dans le cas où ses dispositions excèdent les limites de l'habilitation conférée par la loi à l'Exécutif en vue de sa confection. Sur ce point, le Conseil d'État a fini par se rendre aux arguments des adversaires de la théorie de la délégation. Par un arrêt, souvent rappelé, du 6 décembre 1907, il a abandonné sa jurisprudence antérieure et décidé que le règlement d'administration publique ne peut pas, quant à l'ouverture des recours, être différencié des autres règlements. Tout comme ceux-ci, il n'est capable d'édicter que les mesures auxquelles il a été habilité par la loi qui l'a provoqué; s'il a dépassé les termes de cette habilitation, il est exposé au recours en annulation. Par cette jurisprudence le Conseil d'État marquait nettement que le règlement d'administration publique ne participe point à la force formelle de la loi : car la loi échappe à toute appréciation de validité exercée sur son dispositif par les tribunaux. Dire que tout règlement est essentiellement soumis à un contrôle juridictionnel de légalité, c'est donc répudier, tout au moins quant aux questions de recours, l'une des conséquences les plus notables de la théorie de la délégation de puissance législative.

40. — Toutefois, l'argumentation tirée par les auteurs de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 et adoptée par le Conseil d'État depuis 1907 ne portait que sur un point particulier. Elle mettait bien en lumière que le règlement, acte de l'autorité exécutive, ne peut posséder les forces qui découlent pour la loi de son origine parlementaire. Mais elle ne s'attaquait pas directement à l'idée de

délégation elle-même et elle ne prouvait pas qu'il fût interdit, d'une façon absolue et à tous égards, par la Constitution de voir, dans les habilitations données par le Parlement au règlement présidentiel, des transmissions de puissance législative. Quelle est donc la vraie raison générale et principielle qui doit être mise au premier plan pour établir l'inexactitude de la théorie qui voit dans le règlement d'administration publique un acte de pouvoir législatif délégué ? La vraie raison à faire valoir contre l'idée de délégation, c'est que cette idée apparaît comme inconciliable avec le concept constitutionnel sur lequel repose actuellement la notion de loi et de pouvoir législatif.

41. — A un premier point de vue déjà, il ressort du concept actuel de la loi que la puissance législative n'est pas susceptible en soi d'être déléguée. D'après la Constitution, elle a, en effet, pour l'un de ses caractères spécifiques d'être une puissance initiale, s'exerçant spontanément, d'un seul jet, et d'une façon autonome. Une puissance déléguée ne peut donc plus être de la puissance législative. Ainsi, dès que l'on constate que le pouvoir réglementaire ne peut se mettre en mouvement qu'à la suite et en vertu d'une habilitation, il devient manifeste que le règlement ne rentre plus dans la notion constitutionnelle de pouvoir législatif, mais qu'il tombe dans la catégorie des actes de pouvoir exécutif. En outre, et quelle que soit l'étendue des facultés conférées au Président de la République par la loi d'habilitation, le règlement est un acte de nature exécutive, pour ce motif que les prescriptions qu'il édicte, ne sont valables qu'autant que la loi d'habilitation a autorisé le Président à les décréter : elles sont donc décrétées en exécution de cette loi, ainsi que le remarque fort justement le Conseil d'État dans l'arrêt précité de 1907, où il est dit d'elles qu'elles interviennent « pour assurer l'exécution de la loi (d'habilitation) » : en quoi l'arrêt de 1907 ne fait d'ailleurs que reproduire le langage de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février.

42. — Des observations analogues doivent être faites au sujet des facultés régulatrices qui sont exercées, dans l'État, par des collectivités territoriales subalternes, telles notamment que la commune. L'autorité municipale édicte, il est vrai, des règles qui, à n'en juger que par leur dispositif, sont de même nature que celles contenues dans les lois de l'État : elle ne fait pas en cela acte de puissance législative. Car, ce n'est point seulement par la limita-

tion de leur empire régulateur au territoire particulier de la commune que les règlements municipaux se différencient des lois nationales : ils s'en différencient surtout, en ce que le pouvoir communal d'où ils procèdent, est, sinon à tous égards une émanation pure et simple de la puissance de l'État, du moins un pouvoir qui a reçu sa reconnaissance et sa consécration, comme aussi les forces assurant son efficacité, de la loi par laquelle l'État a réglé les facultés de ses communes, et, en ce sens, un pouvoir qui doit sa création à la législation nationale. La règle de droit édictée dans la commune n'est donc pas une règle initiale, fondée sur la seule volonté autonome de la collectivité communale; mais elle est une règle dérivée, qui intervient en vertu de la règle de droit antérieure et primaire qui a concédé l'habilitation du législateur national aux règlements communaux. La constatation de ce caractère dérivé et secondaire suffit à exclure la possibilité d'envisager comme de la puissance législative les facultés de réglementation qui se rencontrent chez les collectivités territoriales entre lesquelles se subdivise la communauté nationale. En revanche, lorsqu'on se trouve en présence de collectivités tirant de leur seule puissance d'organisation et de volonté autonomes la faculté de se donner, ne fût-ce que partiellement et dans un domaine limité à certaines catégories de matières, leur réglementation particulière, il y a lieu de reconnaître, en une telle faculté originaire et indépendante de toute habilitation ou délégation préalable, les forces et les capacités initiales qui sont la marque distinctive du pouvoir législatif; et par suite aussi, il faut y voir l'indice et le signe non douteux d'une puissance d'État. Car, de même que l'État seul est capable de cette volonté première qui est la condition d'une puissance législative, de même et réciproquement toute collectivité douée d'autonomie, c'est-à-dire puisant en elle-même le droit de se donner des règles en vertu de sa seule et libre volonté, apparaît par cela seul comme s'appartenant pleinement, tout au moins dans la mesure et dans le domaine où elle se régit de façon autonome, et elle remplit ainsi la condition de puissance innée d'auto-détermination d'où dépend l'existence des États. Tel est le cas des collectivités confédérées dans un État fédéral : si elles ne sont pas souveraines — et cela pour la raison que leurs pouvoirs législatifs ne peuvent s'exercer que dans la sphère des matières que l'État fédéral n'a pas réservées à sa propre législation —, du moins, elles font preuve de puissance d'État et elles se comportent en États, en tant qu'elles sont maîtresses de créer,

dans cette sphère demeurée ouverte à leurs libres initiatives régulatrices, du droit primitif qui ne prend sa source dans aucune puissance autre que leur propre puissance législative et étatique.

43. — La possibilité de délégations législatives est donc contredite, d'abord, par tout ce que donne implicitement à entendre la Constitution de 1875 touchant le caractère initial de la loi. Mais la considération qui, par-dessus toute autre, s'oppose à ce qu'il puisse être question de délégation législative, c'est celle qui se déduit du fondement même sur lequel repose aujourd'hui la notion de loi. Le pouvoir législatif a été conçu par la Constitution comme le pouvoir d'énoncer la volonté générale, et c'est dans cette pensée que la Constitution déclare qu'il ne peut être exercé que par les Chambres, parce que seules les Chambres ont été regardées, en raison de leurs origines électives, comme capables de représenter cette volonté. Par elles, c'est la nation souveraine elle-même qui veut; et leur intervention législative est nécessaire, toutes les fois qu'il y a lieu pour la nation de faire acte de volonté souveraine. Il y a donc un lien étroit entre l'idée de loi et celle de représentation parlementaire du souverain : ou plutôt ces deux idées n'en font qu'une seule. C'est dire que le pouvoir législatif ainsi compris est essentiellement intransmissible. Assurément, on comprend fort bien que le Parlement puisse, en raison de ses pouvoirs souverains, attribuer, par ses lois d'habilitation, des compétences réglementaires à l'autorité exécutive. Mais, quelle que soit sa puissance, il est un attribut qu'il ne saurait conférer à l'Exécutif : il ne peut transférer à aucune autorité autre que lui-même la qualité originelle qui fait qu'il a été érigé en représentant de la volonté générale. Grâce aux habilitations, l'Exécutif acquerra peut-être des compétences qui semblent égales à la puissance législative parlementaire : il ne deviendra pas pour autant l'égal du Parlement; il ne se trouvera pas substitué au Parlement; il lui manquera toujours la qualité en laquelle le Parlement représente la nation, qualité qu'aucune délégation ne parviendrait à lui faire acquérir; en l'absence de cette qualité, l'Exécutif demeure impuissant à formuler de la volonté générale, c'est-à-dire à faire œuvre de puissance législative. On ne peut donc prétendre en aucun cas que cette puissance lui ait été communiquée.

44. — Sans doute, il y a de la volonté générale à la base de tout règlement habilité. Le pouvoir de volonté générale s'est exercé

dans la loi qui a octroyé à l'Exécutif l'habilitation d'où procèdent ses décrets. Mais, si ces décrets sont émis en vertu d'un acte de volonté générale et si leur contenu tire de celle-ci le fondement juridique de sa force obligatoire, ils ne sont point par eux-mêmes des manifestations de cette volonté. Tandis que, dans la loi, c'est la nation elle-même, représentée par son Parlement, qui exerce son pouvoir de volonté avec tout ce qu'il a de souverain, dans le règlement habilité, le pouvoir national est exercé par une simple autorité constituée, qui, n'ayant pas d'attaches électives avec le Corps national, ne le représente pas et qui se borne à remplir, au service de la nation, une fonction de sa charge en exécution de la volonté générale, telle que celle-ci s'est manifestée dans la loi d'habilitation.

45. — De là vient que le règlement habilité ne possède point les propriétés caractéristiques que la loi doit au concept qui l'a assimilée à la volonté générale. Entre la loi et le règlement, il y a les mêmes différences qu'entre la puissance de volonté générale et souveraine de la nation et la puissance simplement exécutive d'une autorité qui est bien préposée par le souverain, mais qui ne participe pas à la souveraineté. Ces différences sont nombreuses :

La volonté générale se meut d'elle-même et elle va de l'avant en toute liberté. Le règlement doit attendre les permissions ou impulsions venues d'elle.

La volonté générale édicte des règles qui constituent du droit primaire, du droit ayant le même caractère initial qu'elle. Le règlement engendre du droit secondaire et dérivé; du droit qui est la mise en œuvre exécutive, et qui est en ce sens un succédané de la règle primaire de droit par laquelle l'Exécutif a été habilité à le créer; du droit au second degré, qui est, par conséquent, dans un rapport de filiation avec le droit primaire constitué par la règle portant habilitation; du droit qui, pour tous ces motifs, mérite le nom de droit légal (V. p. 33 et s., *supra*); mais, du droit qui, tout légal qu'il soit, ne devient pas pour cela du droit législatif, attendu que le règlement habilité reste finalement l'œuvre de l'Exécutif, en sorte que ses rapports avec la volonté générale ne vont point jusqu'à faire de lui l'expression même de cette volonté.

La volonté générale communique encore sa force souveraine à la loi, en ce qu'elle exclut toute discussion sur la valeur intrinsèque de celle-ci. Le contenu du règlement habilité ne vaut que

dans la mesure où il est conforme à l'habilitation qui lui a ouvert la voie. Par suite, le pouvoir réglementaire apparaît, même dans le cas d'habilitation, comme appelant naturellement et nécessairement un contrôle de validité sur chacune des dispositions du règlement; et l'on ne peut que trouver naturel, dans ces conditions, et même inévitable, que tout tribunal saisi d'une espèce à laquelle un règlement est applicable commence par vérifier la légalité de ce règlement avant que d'en faire application. Il n'est donc pas possible de souscrire à la décision du Tribunal des conflits du 16 juin 1923 (aff. *Septfonds*), qui, rompant d'une façon inattendue avec une jurisprudence bien établie, dénie aux tribunaux judiciaires, appelés à faire application d'un règlement dans un cas autre que celui visé par l'article 471-15° du Code pénal, la faculté de prononcer sur la validité de son contenu et qui exige que cette question de validité soit portée, comme question préjudicielle, devant l'autorité juridictionnelle administrative, c'est-à-dire devant le Conseil d'État. Cette jurisprudence du Tribunal des conflits semble d'autant moins acceptable que l'arrêt précité reconnaît, comme une chose évidente et nécessaire, qu'il appartient aux tribunaux judiciaires d'appliquer et même d'interpréter les règlements, tout au moins lorsque ceux-ci déterminent le droit qui doit être dit par ces tribunaux dans les espèces relevant de leur compétence légitime. Or, l'application et l'interprétation des règlements conduisent forcément l'autorité juridictionnelle de qui elles dépendent, à confronter le contenu des actes réglementaires avec les dispositions de la législation en vigueur et, par là même, à trancher les questions de légalité que peut soulever le règlement applicable à l'espèce; car, dans cette confrontation, il va de soi que le juge devra faire prévaloir les textes de lois sur ceux des règlements, quand il y a contradiction entre les uns et les autres.

Enfin, la volonté générale est seule capable de défaire ou de retoucher ce qu'elle a une fois fait. Si donc le règlement habilité était un acte de puissance législative déléguée et s'il avait, de ce chef, valeur de loi, on pourrait être tenté de déduire de là qu'il faut une nouvelle manifestation de volonté générale, c'est-à-dire un nouvel acte législatif du Parlement, pour autoriser le chef de l'Exécutif à rapporter ou à modifier les textes réglementaires qu'il a précédemment décrétés; ou bien encore, en partant de l'idée de délégation, l'on pourrait soutenir, en sens inverse, qu'en habilitant l'Exécutif pour une matière déterminée, le Parlement lui a trans-

féré le pouvoir de formuler, quant à cette matière, la volonté générale, qui, dès lors, ne pourrait plus, dans le domaine matériel visé par la loi d'habilitation, être exprimée que par des décrets. Ni l'une ni l'autre de ces conséquences n'est admissible. En aucun cas, le Parlement ne peut se dessaisir du pouvoir de volonté générale dont il a été constitué le titulaire exclusif; et, par suite, il garde intacte par devers lui, nonobstant toute habilitation, la faculté de faire, sur les objets qu'a pu légalement régler l'Exécutif, des lois qui primeront tous décrets antérieurs. Et de même, les doutes qui s'étaient élevés naguère touchant la possibilité pour le chef de l'Exécutif de modifier, sans autorisation législative, les règlements d'administration publique, ont été définitivement écartés par le Conseil d'État dans l'arrêt précité de 1907, qui déclare qu' « à moins d'une disposition expresse de la loi (d'habilitation) », le pouvoir conféré au Président de la République en vue de règlements de cette sorte « comporte nécessairement le droit pour le Gouvernement d'apporter au règlement primitif les modifications que des circonstances nouvelles ont révélées comme nécessaires pour assurer l'exécution de la loi ».

46. — En somme, toutes les particularités qui différencient la loi et le règlement proviennent de ce que leurs auteurs respectifs, Parlement et Exécutif, exercent, en les édictant, des puissances qui ne sont pas seulement de degré inégal, mais d'essence différente : puissance souveraine d'un côté, c'est-à-dire puissance de volonté initiale et inconditionnée, qui tire sa primauté de ce que par le Parlement, c'est la nation elle-même qui veut et statue; et, d'autre part, puissance subalterne d'exécution de la volonté nationale, qui a été commise par la nation aux mains d'une autorité fonctionnant comme sa servante. Certes, cette seconde sorte de puissance comporte, elle aussi, des facultés de décision propre et même d'initiative plus ou moins large; car l'Exécutif n'est pas seulement une machine à exécuter, mais une « autorité », qui, comme telle, est pourvue elle-même de pouvoir national et qui a à jouer un rôle d'appréciation et de création. Toutefois, cette autorité ne peut exercer le pouvoir national que pour l'accomplissement, soit par voie d'application *in concreto*, soit par voie de mise en œuvre, d'une volonté préalablement énoncée par la nation ou, ce qui revient au même, par le représentant de la nation, le Parlement. Les actes de cette autorité ne sont donc plus des actes de puissance souveraine. Le règlement, en particulier, n'est plus,

comme la loi, l'œuvre souveraine de la volonté générale ; il n'est que le produit de l'activité fonctionnelle du Gouvernement, activité qui est déterminée par les lois.

Dès qu'on s'est rendu compte de cette différence essentielle entre la puissance parlementaire et la puissance exécutive, il apparaît, avec toute la clarté désirable, qu'il n'y a point place, en droit public français, pour l'idée de délégation législative. Car la souveraineté est intransmissible, et il va de soi aussi que le Parlement ne saurait, par aucune délégation, amoindrir ou limiter les pouvoirs primitifs, indépendants et irréductibles, qui sont inhérents à la volonté nationale et dont il est, en tant que représentant de celle-ci, le détenteur exclusif et incommutable, notamment en ce qui concerne les lois.

***

47. — Depuis qu'en 1907 le Conseil d'État a cessé d'opposer aux recours dirigés contre les règlements d'administration publique la fin de non-recevoir tirée de la théorie de la délégation législative, on aurait pu espérer que la question de délégation était vidée. Elle a rebondi cependant, et l'arrêt de 1907 l'a lui-même fait rebondir, en persistant à qualifier de délégations, tout au moins sous certains rapports, les habilitations données par les lois au règlement présidentiel. Cette jurisprudence se rapporte à un problème qui a fait l'objet d'importants débats dans la littérature. On sait, en effet, que les auteurs se sont demandé si le Parlement peut, lors des appels qu'il adresse au pouvoir réglementaire, habiliter l'Exécutif à prendre par décret toutes sortes de mesures sur toute espèce d'objet. N'y a-t-il pas, pour le pouvoir législatif, certains domaines qui ne sont ouverts qu'à lui seul et qui demeurent inaccessibles au règlement? C'est ici la question de la matière éventuelle du pouvoir réglementaire, et en particulier la question de savoir jusqu'où peuvent aller les habilitations données au règlement. Cette question va nous amener à dégager une nouvelle conséquence du concept actuel de la loi expression de la volonté générale.

48. — Touchant l'étendue des possibilités d'habilitation dont dispose le Parlement à l'égard du règlement, deux opinions sont en présence.

La première a trouvé son expression dans l'arrêt de 1907. Les considérants de cet arrêt spécifient que « les règlements d'administration publique comportent l'exercice, dans toute leur plénitude, des pouvoirs qui ont été conférés par le législateur au Gouvernement ». Par là le Conseil d'État affirme que la Constitution de 1875 n'a point assigné de limites à la liberté qu'elle laisse au Parlement d'amplifier par un texte de loi les facultés réglementaires de l'Exécutif : celui-ci pourra donc faire indéfiniment tout ce à quoi il aura été habilité par une loi, il pourra statuer sur tous objets et décréter toutes sortes de mesures. Mais aussi l'arrêt qualifie les habilitations ainsi données de délégations législatives. Il s'en explique catégoriquement. Si, dit-il, les règlements d'administration publique peuvent édicter des prescriptions de toutes sortes, c'est là une « conséquence » du fait qu'ils « sont accomplis en vertu d'une délégation législative ». Ainsi, le Conseil d'État ne croit pas pouvoir se passer de l'idée de délégation pour expliquer que le règlement puisse faire tout ce dont les lois l'auront chargé : depuis 1907, il a, dans plusieurs décisions, maintenu cette idée de délégation. Et pourtant, à certains égards, l'arrêt de 1907 avait répudié cette idée, notamment en ce qui concerne la recevabilité du recours pour excès de pouvoirs contre les règlements d'administration publique.

49. — On a prétendu qu'il y avait contradiction entre les affirmations de l'arrêt de 1907, qui tout ensemble rejette et confirme la thèse de la délégation. La contradiction n'est qu'apparente. Elle provient de ce que, pour analyser la situation résultant de l'habilitation législative, le Conseil d'État se place successivement à deux points de vue distincts : le point de vue formel et le point de vue matériel. D'une part, le Conseil d'État déclare, et avec raison, que le Parlement n'a pas pu communiquer à l'Exécutif les qualités qui sont inhérentes à l'organe parlementaire lui-même : c'est ici le côté formel de la question. Pour tout ce qui concerne ses forces formelles, le règlement même habilité reste un acte de l'autorité exécutive, et aussi un acte de puissance exécutive, qui comme tel ne peut être assimilé à la loi; de là la possibilité du recours contentieux contre tout règlement quelconque. Mais, d'autre part, le Conseil d'État s'est laissé impressionner par cette constatation que, grâce à l'habilitation parlementaire, le règlement devient apte à statuer sur les mêmes objets et à prendre, quant à ces objets, les mêmes mesures que le législateur. Cette

fois, l'arrêt de 1907 quitte le point de vue formel pour se placer sur le terrain matériel. Son raisonnement ici est le suivant : Pour que le chef de l'Exécutif ait acquis la faculté de traiter par décret des objets qui, à défaut d'habilitation législative, auraient indubitablement relevé de la compétence du Parlement, pour qu'il soit devenu capable de décréter des mesures qui, en principe, appartenaient *ratione materiae* au domaine de la législation, il faut que le législateur ait fait passer au Gouvernement sa propre puissance matérielle. L'extension du pouvoir réglementaire à des matières qui sont législatives en soi, ne saurait s'expliquer autrement. Ainsi renaît, sur le terrain matériel, l'idée de délégation. Le Conseil d'État, qui n'admet pas qu'un décret ait la puissance formelle de la loi, maintient, du moins, que, dans la mesure où le Président a été habilité à faire ce qui normalement rentrait dans le pouvoir législatif du Parlement, il prend la place de celui-ci, comme aussi le règlement prend, en ce cas, la place de la loi. D'où la conclusion que ce règlement est, à cet égard, un acte de législation matérielle, c'est-à-dire de puissance législative déléguée.

50. — En face de cette jurisprudence, de nombreux et éminents auteurs prennent une position bien différente. S'en tenant au principe que le pouvoir législatif n'est pas susceptible d'être délégué, ils soutiennent que le Parlement ne peut point habiliter l'Exécutif à régler par décret des matières qui, en l'absence de cette habilitation, ressortiraient à sa compétence législative. Tout au moins, il est, a-t-on dit, des prescriptions qui forment le domaine réservé de la législation, et pour l'émission desquelles le régime des décrets ne peut, en aucun cas, être substitué au monopole de la loi : entre autres, celles qui porteraient création de peines ou d'impôts. Car, ajoute-t-on, l'habilitation à décréter de telles prescriptions ne serait pas autre chose qu'une transmission de pouvoir législatif. Or, d'après l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février, il n'y a que les Chambres qui puissent exercer ce pouvoir. Il n'y a donc qu'elles aussi qui puissent édicter des prescriptions de nature législative.

51. — Voilà donc, semble-t-il, deux thèses nettement opposées. En réalité, ces deux thèses sont voisines et semblables, en ce qu'elles procèdent, au fond, l'une et l'autre, du même concept de la loi. Toutes deux partent de l'idée qu'il y a des règles, des

mesures, des prescriptions, qui sont en soi lois matérielles, c'est-à-dire matière spéciale de loi. La raison en est que toutes deux demeurent dominées par la théorie matérielle des fonctions, c'est-à-dire par l'ancienne et traditionnelle théorie, issue de la doctrine séparatiste de Montesquieu, suivant laquelle la compétence à réserver, sous le nom de pouvoir législatif, aux assemblées dites législatives est déterminée par l'objet auquel ce pouvoir s'applique. Si alors l'organe législatif cède à une autre autorité sa capacité de statuer sur des objets réservés à sa compétence législative, il est logique de dire que l'autorité que le législateur s'est ainsi substituée, fait, à la place de celui-ci, œuvre de législation : d'où la conclusion qu'en accordant à l'Exécutif de pareilles habilitations, le Parlement lui délègue, sous le rapport matériel, sa propre puissance de légiférer.

Tel est bien le raisonnement qu'ont fait, chacune pour leur part, la doctrine et la jurisprudence. D'un côté, la doctrine disait : Il y a certaines prescriptions que le règlement ne peut être habilité à édicter, parce que cela supposerait une délégation législative, laquelle est inadmissible. En sens inverse, le Conseil d'État répond : Il n'y a pas d'objets que le règlement ne puisse être autorisé à aborder, et, sur un objet quelconque, il n'y a pas de mesure qu'il ne puisse être habilité à prendre; mais, dès qu'il est reconnu que l'habilitation confère à l'Exécutif des pouvoirs de réglementation qu'il n'aurait pu exercer sans elle, on ne peut se soustraire à la nécessité de voir en elle une délégation. On le voit, les deux thèses en présence se rejoignent et se confondent, en ce qu'elles ont pour source commune un concept identique du pouvoir législatif, celui qui définit ce pouvoir par un ordre de matières formant son domaine propre. Elles ne sont, par conséquent, l'une comme l'autre, malgré leurs conclusions opposées, que des survivances et des variantes de la théorie matérielle de l'*Esprit des lois*. Or, c'est là précisément la raison qui fait que nous ne pouvons nous rallier ni à la thèse du Conseil d'État, ni à celle des auteurs.

52. — Le reproche qu'il faut adresser à l'une et à l'autre de ces thèses, c'est qu'en persistant à raisonner d'après la tradition venue de Montesquieu, elles méconnaissent complètement la portée véritable et profonde du système consacré actuellement par notre Constitution quant à la distinction du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Si la Constitution de 1875 s'était attachée,

pour établir cette distinction, à un critérium matériel du genre de celui qui a inspiré la théorie séparatiste de Montesquieu, si elle avait fait un départ entre ce qui est matière propre de compétence législative et ce qui est matière laissée à l'Exécutif, en ce cas il est certain que le Président de la République ne pourrait acquérir la faculté de régler les objets réservés à la législation que moyennant une délégation de pouvoir législatif. Et il faut ajouter aussitôt qu'une loi ordinaire serait impuissante à lui conférer une telle délégation : car il ne serait pas au pouvoir des Chambres de modifier par une simple loi un ordre de compétences qui aurait été fixé par la Constitution; seule, une loi portant revision de la Constitution serait capable d'opérer cette modification. Nos auteurs auraient donc raison de soutenir qu'il est des matières que le Parlement ne peut pas habiliter le Gouvernement à régler par décret. Et inversement, le Conseil d'État serait mal venu à prétendre que le domaine du pouvoir réglementaire peut être indéfiniment amplifié par des habilitations venues des lois.

Mais l'erreur de tous ceux qui persistent à parler de délégation législative à raison de la matière visée dans l'habilitation est de ne pas s'apercevoir que la répartition des compétences entre le législateur et l'Exécutif ne se fonde plus aujourd'hui sur une base d'ordre matériel. Certes, la Constitution de 1875 consacre bien, entre le Parlement législateur et l'Exécutif qu'elle arme de pouvoir réglementaire, une certaine séparation des pouvoirs. Mais c'est une séparation d'un tout autre genre que celle à laquelle aspirait Montesquieu. Montesquieu travaillait à fonder une séparation *secundum materiam.* La séparation actuelle est d'ordre formel, en tant qu'elle est conçue dans un esprit hiérarchique et fondée sur l'inégalité de qualité des organes. En raison de cette inégalité, ce que la Constitution de 1875 a réparti entre les deux titulaires des pouvoirs législatif et réglementaire, ce ne sont point des matières distinctes, mais bien des puissances de nature différente. Le principe qui, en effet, ressort de nos textes constitutionnels quant au partage des compétences entre la législation et les décrets présidentiels, c'est qu'au Parlement seul appartient le pouvoir d'énoncer, en toute matière, la volonté primordiale et maîtresse, qui est celle de la nation, et cela, à n'en pas douter, parce que lui seul a été envisagé comme le représentant de cette volonté. Dans tous les domaines donc, il est réservé aux Chambres de faire législativement l'acte de volonté initiale et supérieure, qui consiste, soit à édicter les règles de la matière

par leurs propres lois, soit à prescrire que ces règles seront édictées par l'Exécutif au moyen de décrets. De son côté, l'Exécutif, en tant qu'autorité dépourvue de pouvoir représentatif et préposée simplement à l'exécution des volontés nationales exprimées dans les lois, ne possède le pouvoir réglementaire qu'au titre de cette exécution; et c'est ce que marque clairement l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février, qui confond, sans même le nommer, le règlement avec les autres actes de puissance exécutive. En aucune matière donc, les décrets présidentiels ne peuvent faire œuvre de réglementation initiale. Mais, du moins, le concept d'ordre extra-matériel d'où procède la disposition de l'article 3, implique, comme contre-partie, qu'à la seule condition d'agir en exécution d'une loi, c'est-à-dire en vertu d'une habilitation législative, l'Exécutif peut, en toutes matières, décréter des règles de toutes sortes : car l'article 3 ne restreint pas les facultés réglementaires du Président à un ordre de matières ou de mesures déterminé; tout ce que la Constitution exige dans ce texte, c'est que le règlement puise sa légitimité dans une loi préalable, dont il constitue l'exécution, en ce sens que les règles qu'il édicte vont dériver et sortir de la règle antérieure par laquelle le Parlement a habilité l'Exécutif à les décréter. Dans tout cela, la considération de la matière ne joue aucun rôle, pas plus pour la loi que pour le règlement. La seule différence essentielle entre la loi et le règlement, celle d'où procèdent toutes les particularités qui les séparent, c'est que la loi est un acte de puissance autonome et même souveraine, le règlement un acte de puissance dérivée.

53. — Pendant longtemps, nos auteurs, dominés par la théorie matérielle de la séparation des pouvoirs, ont fait effort pour établir un classement entre les matières qui sont réservées au pouvoir législatif et celles qui sont ouvertes au pouvoir réglementaire. Ces efforts sont demeurés stériles : il a fallu renoncer à les poursuivre. Bien certainement, il est de toute impossibilité de trouver dans les textes constitutionnels de 1875, non seulement une liste de ce qui est respectivement réglementaire ou législatif, mais encore un principe ou un indice quelconque qui permette de fixer, *ratione materiae*, ce qui appartient en propre à la loi à l'exclusion du règlement. Il y a bien, dans la Constitution, quelques articles qui, incidemment, subordonnent à une loi tel genre de prescription ou de mesure visée par eux; mais le compte en est vite fait. Ils se réduisent à quatre : Article 1er, loi du 25 février, qui dit que

les députés sont nommés « dans les conditions déterminées par la *loi* électorale ». Article 3, même loi : « Les amnisties ne peuvent être accordées que par une *loi* ». Article 8, loi du 16 juillet, qui porte que nul changement dans le territoire national « ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une *loi* ». Article 12, même loi : « Une *loi* déterminera le mode de procéder » pour les affaires déférées au Sénat constitué en Cour de justice. Ces textes sont si peu nombreux qu'on ne saurait songer à les regarder comme fournissant une énumération complète ou limitative des objets relevant de la législation. Notamment, l'on ne saurait soutenir que toute matière autre que celles indiquées par ces quelques articles constitutionnels est, par cela seul, susceptible d'être traitée par voie de décrets spontanés. Au surplus, comment la Constitution de 1875 aurait-elle pu dresser une nomenclature des matières législatives ou réglementaires, alors qu'elle ne nomme même pas le règlement?

54. — Le silence gardé par la Constitution touchant la matière respective de la loi et du règlement n'est pas dû à un oubli ou à une négligence. Il n'est que la suite logique, et même forcée, du concept qui fonde la notion de loi sur le pouvoir qu'a le Parlement de représenter la volonté générale de la nation. Nous découvrons donc ici une nouvelle conséquence fort importante de ce concept, l'une de celles aussi qui nous révèlent et nous prouvent le plus clairement l'influence qu'il a exercée sur l'œuvre constitutionnelle de 1875.

Quand une Constitution part de l'idée que le Parlement a la puissance de formuler par ses lois la volonté générale, il est manifeste, d'abord, qu'elle ne peut plus songer à assigner à la législation une matière déterminée. Car la volonté générale est indéfiniment libre d'exercer sa primauté sur tous les objets qu'elle entend régler : il n'est pas de matière qu'elle ne puisse évoquer pour y appliquer ses décisions maîtresses; quand encore elle se serait dessaisie, sur tel ou tel point, de son pouvoir régulateur, elle demeure toujours capable de reprendre, sur ce point, la compétence qu'elle avait précédemment concédée à une autorité subalterne. Comme représentant national, le Parlement dispose donc, sous le nom de pouvoir législatif, d'une faculté de statuer qui s'étend à toutes les matières quelconques relativement auxquelles il tient à émettre des prescriptions par lui-même, de façon à conférer à ces dernières la valeur supérieure qui s'attache à

toute volonté par lui exprimée. Ainsi s'explique que la Constitution de 1875 n'essaie aucunement de définir le pouvoir législatif par son domaine matériel : elle ne le définit que par la formule qui dit qu'il est exercé par les Chambres, ce qui revient à dire qu'il prend sa consistance dans la puissance générale et indéfinie d'expression de la volonté nationale qui appartient aux Chambres en raison de leur caractère de représentation.

Si la Constitution n'a pas pu imposer à la loi, c'est-à-dire à la volonté générale, de limites infranchissables quant à sa matière éventuelle et par rapport à la matière spéciale des règlements, elle a été conduite pareillement par le concept actuel de la puissance législative parlementaire à s'écarter du système qui consiste à établir une réserve de matières en faveur de la loi et à l'encontre du pouvoir réglementaire. Ce système, en effet, n'eût pas été conciliable avec les facultés souveraines dont est logiquement douée la volonté générale. Bien loin de fortifier la position du législateur par les réserves matérielles ainsi assurées à la loi, il aurait restreint les droits du Parlement, en tant qu'il aurait exclu pour celui-ci toute possibilité de conférer à l'Exécutif des habilitations réglementaires portant sur une matière réservée. La volonté générale n'admet point d'obstacles de cette sorte. Un Parlement qui passe pour représenter cette volonté, ne doit point rencontrer d'empêchements, lorsqu'il décide de se servir, aux fins qu'il juge utiles, de la fonction réglementaire comprise dans le pouvoir exécutif. C'est la souveraineté même de la volonté dont il est le représentant, qui fait que le Parlement doit pouvoir, à son choix et en toute matière, ou bien légiférer intégralement par lui-même, ou bien charger l'Exécutif de statuer par décret dans la mesure déterminée par la loi d'habilitation. Obéissant instinctivement à cette idée de la puissance absolue inhérente à la volonté générale, la Constitution de 1875 s'est abstenue de définir la matière du pouvoir présidentiel autrement que par une condition d' « exécution des lois ». De même qu'elle avait reconnu au Parlement une puissance législative dont la matière est illimitée, de même elle lui a laissé la liberté de pousser ses habilitations réglementaires aussi loin qu'il le croirait opportun. Cette double liberté parlementaire ne comporte qu'une seule restriction, celle dérivant de la supériorité des lois constitutionnelles sur les lois ordinaires : le Parlement ne pourrait pas par ses lois édicter des prescriptions qui porteraient atteinte ou dérogation à une disposition de la Constitution; il ne saurait davantage conférer au Président

de la République des habilitations qui entreraient en opposition avec un texte constitutionnel; mais l'on verra plus loin qu'à ce double égard, la Constitution de 1875 ne contient que bien peu de dispositions qui soient vraiment de nature à entraver la puissance de volonté législative du Parlement, et cela précisément parce qu'elle traite cette volonté comme l'égale de la volonté générale.

En somme, il résulte du silence gardé par la Constitution de 1875 sur la matière respective de la loi et du règlement, qu'il dépend du Parlement de déterminer, par ses lois d'habilitation, soit les objets qui pourront être traités par la voie réglementaire, soit aussi l'importance et l'étendue des mesures qui, sur chacun de ces objets, pourront être édictées par des décrets présidentiels. Le Conseil d'État en déduit, dans son arrêt précité de 1907, que l'Exécutif peut acquérir, moyennant habilitation, des facultés régulatrices allant jusqu'à une « plénitude » de pouvoirs. C'est là une constatation du plus haut intérêt théorique et pratique. Le Parlement, ayant reçu à cet égard carte blanche de la Constitution, n'est limité dans ses habilitations que par des considérations d'opportunité politique; il n'est pas arrêté par des obstacles juridiques, tenant à des distinctions d'ordre matériel.

55. — Il n'est donc pas exact de prétendre que la pratique parlementaire consistant à donner au règlement des habilitations de plus en plus fréquentes et larges ne repose que sur une évolution coutumière qui s'est opérée, depuis 1875, en marge ou même à l'encontre des textes constitutionnels. L'on a soutenu, en effet, que la Constitution, en disant dans l'article 3 de la loi du 25 février, que le Président assure l'exécution des lois, n'avait prévu et légitimé que des règlements qui se borneraient à prendre des mesures complémentaires, en vue de pourvoir à la mise en application de prescriptions déjà adoptées en la matière par le législateur. Que si le Parlement charge l'Exécutif de régler de toutes pièces par décret une matière sur laquelle il renonce à légiférer par lui-même, cette habilitation, a-t-on dit, par cela seul qu'elle porte sur une matière non légiférée, sort des prévisions de la Constitution. L'on en a conclu que le développement qu'a pris l'octroi de telles habilitations, ne peut s'expliquer que par la formation d'une coutume constitutionnelle, qui est parvenue à prendre le dessus sur le principe primitivement énoncé par l'article 3.

Mais cette conclusion n'est pas acceptable. S'il était vrai que les habilitations en question vont à l'encontre du principe de l'article 3, il faudrait voir dans l'octroi qui en est fait si largement par nos Chambres, non point une formation coutumière, mais une déformation de la Constitution. Or, il n'est pas de coutume qui puisse s'établir légitimement en violation de textes constitutionnels exprès. La vérité est que la pratique des habilitations relatives à des objets non légiférés ne peut nullement être regardée comme une innovation extra ou anti-constitutionnelle : le Parlement, en chargeant le Président de décréter un règlement sur un point quelconque, ne fait qu'user des larges facultés qu'il tient, à cet égard, de la Constitution elle-même : si bien que l'extension prise par la puissance réglementaire à la faveur d'habilitations n'est que la conséquence et la manifestation de la puissance constitutionnelle des Chambres. Car, par cela seul que la Constitution de 1875 s'est abstenue de fixer par son propre texte, *ne varietur*, ce qui pourra ou devra être fait respectivement par les lois du Parlement ou par les décrets de l'Exécutif, elle a ouvert au Parlement la possibilité d'opérer librement cette distribution des rôles entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. L'article 3 précité a achevé de fonder au profit du Parlement le système des facultés illimitées d'habilitations, puisqu'il impose au Président, de façon générale et sans réserve, le devoir d'exécuter les lois, ce qui comprend notamment l'obligation de faire par ses règlements tout ce à quoi un texte législatif l'aura invité.

56. — La méthode qu'a suivie la Constitution en ce qui concerne le domaine respectif de la loi et du règlement, a un caractère de souplesse et d'élasticité qui permet de dire qu'elle n'est pas sans avantages. On peut soutenir qu'il est sage de ne pas assigner *a priori* des bornes inflexibles aux capacités réglementaires du Gouvernement, attendu qu'il deviendra parfois utile que ces capacités puissent s'élargir selon les circonstances et les besoins. On peut dire aussi qu'à chaque moment de la vie politique, le Parlement sera bon juge du point de savoir ce qu'il convient qu'il fasse lui-même par ses lois ou ce qu'il est préférable qu'il renvoie à des décrets de l'Exécutif. Enfin, le système consacré par la Constitution de 1875 quant aux habilitations réglementaires concilie les traditions venues du passé avec l'esprit du régime parlementaire actuel. Depuis l'an VIII jusqu'à 1870, l'Exécutif a

exercé, en France, d'importantes facultés de réglementation, en s'appuyant sur la puissance du chef de l'État, monarque ou empereur. Aujourd'hui, le Gouvernement garde la possibilité de faire des règlements sur des objets très variés, mais il les fera par la volonté et la permission du Parlement.

57. — Du moment que l'ampleur des facultés réglementaires de l'Exécutif dépend ainsi de permissions législatives, il n'est guère raisonnable de prétendre que la possibilité pour celui-ci d'être investi de larges habilitations porte atteinte à la grandeur du Parlement. Assurément, l'on conçoit que nos Chambres aient pu hésiter, durant et depuis la guerre mondiale, à accorder au Gouvernement certaines habilitations particulièrement considérables qu'il leur demandait en raison de circonstances exceptionnelles. A renforcer outre mesure les pouvoirs réglementaires du Gouvernement, le Parlement risquerait de s'infliger à lui-même un discrédit : il s'avouerait moins apte que le Gouvernement à accomplir les tâches qu'il abandonnerait à des décrets. Les répugnances du Parlement à habiliter l'Exécutif en certaines matières, notamment en matière de peines et d'impôts, se comprennent donc aisément, du point de vue politique. Mais, même de ce point de vue spécial, la liberté qui a été laissée aux Chambres de fixer à leur gré l'étendue du pouvoir réglementaire, apparaît comme l'une de leurs prérogatives les plus notables. Une Constitution qui traiterait la Législature en simple autorité constituée, exerçant ses compétences en la même qualité que l'Exécutif, ne manquerait pas de délimiter par elle-même le domaine de capacité régulatrice attribué séparément à chacune de ces deux autorités, et elle interdirait à la Législature de modifier l'ordre des compétences respectives qu'elle aurait ainsi établi. Pour que la Constitution de 1875 ait laissé le législateur maître de déterminer librement l'objet et l'étendue des compétences de l'Exécutif, pour qu'elle ait défini le pouvoir de l'Exécutif comme un pouvoir qui consiste à donner suite exécutivement à tout ce qu'auront décidé les lois, il faut qu'elle se soit fait une idée singulièrement haute du Parlement et de sa puissance ; il faut même qu'elle ait reconnu au Parlement une puissance d'une autre essence que celle des pouvoirs qui appartiennent normalement à des autorités constituées. Non seulement donc les habilitations données par la loi au règlement ne peuvent, quelque fortes qu'elles soient, porter atteinte à la supériorité du Parlement, puisqu'elles sont l'œuvre de sa volonté législative et qu'elles

demeurent toujours révocables au moyen d'une loi contraire. Mais encore il est permis de dire que plus ces habilitations sont fortes, plus la faculté qu'a le Parlement de les accorder, témoigne de la hauteur de la puissance parlementaire. La vérité est, en effet, qu'il dépend des décisions législatives des Chambres de déterminer ce que l'Exécutif pourra faire par ses décrets, soit spéciaux, soit réglementaires. Par là, la Constitution de 1875 a mis le Parlement en état de jouer, vis-à-vis de l'Exécutif, un rôle qui n'est plus seulement celui d'une Législature, mais qui devient comparable au rôle d'une assemblée constituante. Par là aussi, elle a créé, sciemment ou non, dans les rapports entre Parlement et Exécutif, une différence de pouvoirs, qui ne s'analyse plus seulement en une gradation hiérarchique, mais qui implique dans le Parlement une primauté transcendante de puissance; à une primauté de cette nature la science juridique ne peut donner d'autre nom que celui de souveraineté. La position de l'Exécutif vis-à-vis du Parlement est celle d'une autorité subordonnée à un souverain, des lois de qui elle doit attendre la détermination de ses compétences envisagées quant à leur matière et à leur étendue.

58. — Cette souveraineté du Parlement par rapport au pouvoir réglementaire de l'Exécutif se manifeste à un autre point de vue encore. Elle ressort du fait qu'il n'existe point, d'après le droit public français, d'autorité qui puisse exercer un contrôle et une appréciation sur la validité des habilitations données au règlement par les lois. Quand un règlement a été fait sans habilitation ou quand il a excédé les termes de la loi qui l'habilitait, la partie intéressée peut sans difficulté l'attaquer, soit devant le Conseil d'État, soit même devant le tribunal judiciaire appelé à l'appliquer : le règlement, en effet, ne vaut que par sa légalité; il est donc essentiellement sujet à un contrôle juridictionnel portant sur la question de sa conformité avec la loi d'où il procède. Mais la situation serait tout autre si, à défaut de pouvoir contester la conformité du règlement à la loi d'habilitation, la partie intéressée attaquait ce règlement en faisant valoir que l'habilitation sur laquelle il se fonde a été accordée par le Parlement dans des conditions qui la rendent inconstitutionnelle : et tel serait le cas, notamment, si le Parlement avait fait passer au pouvoir réglementaire des matières que la Constitution aurait réservées à la législation. En pareille hypothèse, la partie qui attaque ne s'en

prendrait plus seulement au règlement fait par l'Exécutif : ce qui serait attaqué cette fois, ce serait, en réalité, la loi d'habilitation elle-même. Or, aucune autorité juridictionnelle ne peut s'immiscer dans l'examen et l'appréciation de la validité des lois. A raison de la qualité de son auteur, la loi est un produit de puissance souveraine, avec lequel aucune des autorités que domine le législateur n'a été admise à entrer en discussion. On s'explique, dès lors, que la Constitution de 1875 n'ait pas essayé de classer elle-même les matières législatives et les matières réglementaires, et qu'elle n'ait pas entrepris non plus de limiter matériellement, entre les mains du Parlement, le pouvoir d'habiliter l'Exécutif. Une telle tentative eût été vaine, puisque la Constitution de 1875 traitait le Parlement en souverain, contre les volontés législatives duquel il n'est point admis de recours.

59. — Tout se tient donc logiquement dans le système qu'a consacré la Constitution de 1875 quant aux rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. Une Constitution qui n'organise pas de contrôle sur la régularité du contenu des lois, s'enlève à elle-même la possibilité de soumettre les facultés d'habilitation dont disposera la Législature vis-à-vis de l'Exécutif à des restrictions matérielles, qui seraient condamnées par avance à demeurer dénuées de sanction. Il en est autrement dans les États, comme l'Autriche (Const. fédérale de 1920, art. 137 et s.) et la Tchécoslovaquie (Loi constit. du 29 février 1920), où il est institué, sous le nom de Tribunal constitutionnel, une haute cour devant laquelle peuvent être portées les questions contentieuses de constitutionnalité du contenu des lois et qui a le pouvoir de mettre hors d'application les lois violant une règle supérieure de la Constitution. Dans ces États, la Constitution a efficacement limité la puissance législative du Parlement, en ce qu'elle n'a pas laissé à celui-ci la liberté absolue de déterminer par lui seul jusqu'où vont ses pouvoirs constitutionnels de législation. On conçoit, dès lors, que des Constitutions de cette sorte puissent subordonner à des conditions restrictives la faculté qu'a le Parlement de donner son habilitation à des ordonnances réglementaires. C'est ainsi qu'en Autriche, où l'article 18 de la Constitution de 1920 dit que les ordonnances ne peuvent être émises que « sur la base des lois », et en Tchécoslovaquie, où l'article 55 de la Constitution précise qu'une ordonnance ne peut intervenir qu'en exécution et, en outre, « dans le cadre » des lois, des arrêts du

Tribunal constitutionnel de chacun de ces pays ont interprété ces deux textes en ce sens que non seulement l'ordonnance qui prétend créer du droit nouveau, doit avoir été habilitée à cet effet, mais encore qu'elle ne peut prescrire, à titre de nouveauté, que des mesures qui aient été prévues et déterminées par la loi d'habilitation elle-même. Ceci signifie que le Parlement, dans ces États, n'est pas admis à charger l'Exécutif de fixer, de sa seule appréciation, les mesures que celui-ci jugera utiles : en tant que ces mesures apporteraient une innovation, c'est-à-dire une modification, dans la législation préexistante, il faut qu'elles aient été expressément définies par le législateur lui-même, en sorte que l'ordonnance sera habilitée simplement à mettre en œuvre le genre de mesures qui aura été préalablement spécifié par la loi d'habilitation. Pour conférer au Gouvernement le pouvoir de décréter par lui-même des mesures inédites, il ne suffirait point, d'après cette jurisprudence, d'une loi ordinaire; il faudrait, pour cela, une loi faite dans les formes spéciales requises pour les modifications ou dérogations à apporter à la Constitution.

On voit par ces observations la grande différence qui sépare, quant à la nature et à la portée des habilitations susceptibles d'être données au règlement, le système établi dans des pays comme l'Autriche et la Tchécoslovaquie de celui qui, chez nous, découle de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février. Selon l'article 3, la puissance parlementaire est telle que l'exigence de l'habilitation ne forme, pour le règlement, qu'une condition d'ordre formel : le règlement doit exécuter une loi, en ce sens qu'il présuppose un texte législatif qui ait autorisé sa confection; mais, pour le surplus, la loi qui fait appel au règlement, peut habiliter l'Exécutif à édicter, sur l'objet qu'elle lui renvoie, toutes prescriptions qu'il croira nécessaires. Au contraire, d'après la jurisprudence du Tribunal constitutionnel autrichien et de celui de Tchécoslovaquie, la subordination du règlement à la loi ne se réduit pas à l'exigence de permissions simplement formelles : ce n'est plus seulement la mise en mouvement du pouvoir réglementaire, mais c'est le contenu même du règlement, qui est conditionné par les lois en vigueur, et cela, non point seulement dans le sens (indiqué p. 32 et s., *supra*) que les mesures édictées par décret ne peuvent dépasser les pouvoirs résultant pour l'Exécutif de l'habilitation donnée par la loi, mais bien en cet autre sens que l'Exécutif ne pourra décréter, même sur l'objet spécial visé par la loi d'habilitation, que des mesures qui aient été mises à sa

disposition, par le législateur. La notion d'exécution des lois prend ainsi, quant au règlement, une portée bien plus étroite et absolue qu'en droit public français. La puissance réglementaire de l'Exécutif apparaît, de ce chef, comme plus modeste ; mais il faut relever surtout que le pouvoir d'habilitation du Parlement s'en trouve plus étroitement limité. Or, cette différence, quant à la nature et à l'étendue du pouvoir parlementaire d'habilitation, provient précisément de ce qu'il n'existe pas, en droit français, d'autorité qui soit capable de porter un jugement sur les décisions législatives du Parlement. En Autriche et en Tchécoslovaquie, le pouvoir d'appréciation qu'a le Tribunal constitutionnel sur la validité des lois, a permis à l'autorité juridictionnelle d'enfermer les habilitations données à l'ordonnance dans un cercle matériel rigide. En France, le Parlement ne rencontre pas d'obstacle juridique et il a le terrain libre devant lui, quand il veut substituer le régime des décrets au régime des lois : il ne peut pas se trouver limité à cet égard, par la raison que ses volontés législatives, expression de la volonté nationale elle-même, échappent à toutes investigations et discussions. Il résulte de là que le règlement est inattaquable, dès qu'il se maintient dans les termes de l'habilitation octroyée par la loi : il est inattaquable, parce que, cette condition formelle une fois remplie, il bénéficie du fait que les habilitations parlementaires, si étendues soient-elles au point de vue matériel, ne peuvent faire l'objet d'aucune sorte de recours.

60. — Après tout ce qui vient d'être dit de la largeur avec laquelle la Constitution de 1875 a ouvert au Parlement la possibilité d'habiliter l'Exécutif, l'on aperçoit décidément combien peu se justifient chez nous les doctrines qui s'inspirent de considérations matérielles pour définir les rapports entre la loi et le règlement ou pour fixer le domaine respectif des deux pouvoirs législatif et réglementaire. Nous ne saurions donc admettre la thèse des auteurs qui contestent, en certaines matières, la légitimité des habilitations données par les lois aux règlements, par la raison que ces habilitations équivaudraient, selon leur opinion, à des délégations de pouvoir législatif. Mais nous n'acceptons pas davantage le point de vue du Conseil d'État, qui reconnaît bien que le Parlement peut renvoyer au règlement toute matière quelconque et tout genre de mesures à déterminer par décrets, mais qui qualifie ces renvois ou, en tout cas, certains d'entre eux, de délégations législatives.

La thèse des auteurs est dénuée de base constitutionnelle. Car la Constitution de 1875 ne subordonne le règlement qu'à une condition d'ordre formel, à savoir un acte de volonté législative et d'autorisation du Parlement; et quant à la matière, elle ne ménage à la législation aucune sphère générale qui lui soit principiellement et strictement réservée. Même les peines et les impôts, au sujet desquels il a été spécialement soutenu que l'Exécutif ne saurait être habilité à des créations opérées par décrets, ne peuvent être considérés comme matière exclusivement législative. Pour justifier l'exclusion d'habilitations accordées en vue de telles créations, on n'a pu invoquer, quant aux peines, que l'article 4 du Code pénal, qui confirme le principe classique *Nulla pœna sine lege*; et quant aux impôts, que les textes des lois de finances, qui s'opposent à la perception d'aucun impôt autre que ceux institués par une loi. Mais l'article 4 du Code pénal et les textes des lois de finances ne sont point des textes constitutionnels : ce sont des textes purement législatifs, auxquels il peut être dérogé par une loi ordinaire. Sans doute, nos traditions politiques sont peu favorables à ce que l'Exécutif puisse être autorisé à décréter des peines ou des impôts; mais ces traditions, quelle qu'en soit la force au point de vue politique, ne suffisent pas à engendrer un obstacle juridique proprement dit. Dans l'état de notre Constitution, il n'est donc point, à l'exception des quelques objets signalés plus haut (p. 85-86), de matière que les Chambres n'aient le pouvoir de renvoyer à des décrets, ni de prescriptions qu'elles ne puissent charger l'Exécutif d'édicter par la voie réglementaire. Le règlement, qui ne peut par lui-même rien entreprendre de façon spontanée et autonome, parce qu'il n'a, sans habilitation, aucune matière qui lui appartienne en propre, devient capable de statuer en toutes matières moyennant habilitations expresses *ad hoc*.

61. — Au surplus, la vérité constitutionnelle touchant l'étendue éventuelle de la matière réglementaire a été clairement révélée et démontrée par les nombreuses habilitations en forme législative auxquelles le Parlement a dû recourir, au cours et à la suite de la guerre mondiale, pour faire face à d'impérieuses nécessités. Si, en temps normal, il peut paraître choquant que le législateur se décharge sur l'Exécutif de telle ou telle question qui, par sa nature ou sa gravité, sembleraitappeler des prescriptions émanant intégralement de la volonté nationale dont le Parlement est le représentant, en sens inverse, il est des périodes de trouble et de

crise, au cours desquelles il peut être fort utile que les compétences régulatrices de l'Exécutif soient élargies et renforcées dans un intérêt de préservation nationale et de salut public. C'est ainsi que, dès le début de la guerre, une série de lois adoptées par les Chambres le 4 août 1914 sont venues conférer au Président de la République le pouvoir de prendre par décret des mesures touchant à de multiples et importantes matières. Le fait que le Parlement a pu voter ces lois en toute légitimité constitutionnelle, prouve — soit dit en passant — que la guerre mondiale n'a point, à cet égard, pris la Constitution de 1875 au dépourvu, ainsi que certains l'ont prétendu.

Depuis la fin de la guerre, il y a eu, en particulier, deux lois qui ont montré combien sont larges les facultés d'habilitation dont dispose le Parlement. A deux reprises, en 1924 et en 1926, le Cabinet ministériel présidé par M. Poincaré a déposé aux Chambres des projets législatifs, qui, en vue d'économies à réaliser pour l'assainissement de la situation financière de l'État, étaient destinés, l'un et l'autre, à fournir au Gouvernement l'autorisation parlementaire de procéder par décrets, durant une période de quelques mois, à toutes réformes dans l'organisation et le fonctionnement des services publics, en tant que ces réformes tendraient à réduire les dépenses de l'État. Dans les deux cas, l'habilitation postulée par le Gouvernement devait lui permettre d'introduire des innovations profondes dans des domaines très variés de la législation organique en vigueur : si bien même qu'on pouvait se demander si l'octroi au Gouvernement de pouvoirs d'une telle envergure était conciliable avec le principe capital de la spécialité nécessaire de toute habilitation donnée au règlement.

En 1924, les adversaires du premier projet Poincaré ne manquèrent pas d'insister sur cette dernière objection : ils faisaient valoir que la compétence dont le Gouvernement prétendait se faire investir, n'était autre que le pouvoir législatif lui-même, avec ses forces spécifiques de puissance initiale et générale, c'est-à-dire inconditionnée ; et c'est pourquoi ils stigmatisaient les règlements prévus par le projet, en leur infligeant le nom de décrets-lois : une qualification qui était destinée à marquer leur inconstitutionnalité. Cette qualification était assurément injustifiée. L'adoption des projets de 1924 et de 1926 ne devait nullement avoir pour effet de porter atteinte à la dualité du législateur et de l'Exécutif, ni d'égaler l'Exécutif au Parlement, ni de mettre en suspens la primauté législative des Chambres. Car celles-ci gardaient leur

primauté intacte, non seulement en ce que les décrets en question devaient procéder de leur permission législative, mais encore en ce qu'il était spécifié par le texte des projets que les règlements à intervenir seraient soumis à la nécessité de la « sanction législative », toutes les fois qu'ils porteraient modification à une loi en vigueur. Ainsi, les projets Poincaré ne visaient point et n'aboutissaient pas davantage à faire du Gouvernement un second législateur, juxtaposé au Parlement et possédant, de son côté, un pouvoir législatif indépendant. Le seul doute possible était donc celui relatif à l'ampleur des habilitations demandées, une ampleur qui toutefois n'était pas indéfinie, puisque les réformes à introduire par décret ne devaient se trouver autorisées qu'autant qu'elles produiraient des économies, ainsi que cela résultait expressément du texte du projet de 1924, et implicitement du projet de 1926 qui ne parlait que de « suppression ou fusion d'emplois ».

Quoi qu'il en soit, les Chambres ne se sont pas arrêtées devant ce doute : par deux fois, elles ont adopté les projets présentés par le Gouvernement et ont fait du premier la loi du 22 mars 1924 (art. 1er), du second la loi du 3 août 1926 (art. 1er). Or, si on fait abstraction de la question de spécialité de l'habilitation, le point essentiel à retenir, en présence de ces deux lois, c'est qu'aujourd'hui le Parlement en est venu à habiliter le règlement, même dans des domaines qui naguère passaient pour relever strictement de son pouvoir législatif. Et ce ne sont pas seulement les difficultés issues de la guerre ou de ses suites qui ont provoqué cette évolution. Mais la pratique actuelle de la fréquence et de l'extension matérielle des habilitations est due, avant tout, à ce que la portée réelle du système établi par la Constitution de 1875, en ce qui concerne les rapports de la loi et du règlement, a fini par être sainement comprise et pleinement aperçue. Le principe contenu dans la Constitution, c'est qu'en toute matière, il appartient au Parlement et à la loi de dire le premier mot, par représentation de la volonté nationale et souveraine. Mais, ceci ne signifie pas que la matière doive être légiférée, quant au fond, par les Chambres. A l'égard de chaque matière, la volonté législative et parlementaire peut seule, il est vrai, créer le droit initial : mais elle est maîtresse, de par sa souveraineté, de le créer, soit en posant sur la matière visée des règles de fond plus ou moins complètes, soit en se bornant à prescrire que ces règles seront émises par décret. En employant ce second procédé, le Parlement ne trouble pas l'ordre des compétences matérielles fixé par la Constitution,

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS RF

attendu que celle-ci n'a point délimité les deux domaines législatif et réglementaire par leur matière, mais uniquement par la condition pour chaque décret de l'Exécutif d'être légal, c'est-à-dire de n'intervenir qu'en exécution d'une disposition préalable d'une loi.

62. — La thèse des auteurs qui prétendaient limiter la possibilité des habilitations par des exclusions de matières, semble donc décidément condamnée. D'autre part, on ne peut pas davantage accepter la doctrine du Conseil d'État, qui persiste à traiter certaines habilitations, à raison de la matière qu'elles visent, de délégations législatives. L'arrêt précité de 1907 a certainement contribué, par l'interprétation qu'il a donnée du principe contenu dans l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février, à favoriser le développement croissant de la pratique des habilitations. Mais, puisque le Conseil d'État a si bien vu et su dire que le règlement est capable de faire tout ce à quoi il a été appelé par une loi, pourquoi l'arrêt de 1907 et les arrêts ultérieurs ont-ils continué à parler de délégation? Si le règlement peut, moyennant habilitation, porter sur toutes sortes de matières, c'est précisément par la raison qu'en l'absence de réserves matérielles assurées par la Constitution à la législation, l'habilitation parlementaire, quelle qu'en soit la matière, ne s'analyse jamais en une délégation. Le Parlement, en chargeant le Président de la République de faire un décret sur un point quelconque, ne fait point passer à l'Exécutif une fraction d'une puissance matérielle que la Constitution lui aurait réservée à lui-même comme partie intégrante du pouvoir législatif : il se borne à opérer entre lui et l'Exécutif la répartition de matières à laquelle la Constitution n'a pas pourvu par voie de classement rigide. L'habilitation ne fait donc que déterminer l'objet matériel et qu'actionner le jeu formel des facultés exécutives du Président et du Gouvernement ; et ces facultés, l'Exécutif les tient, dès avant l'habilitation, de la Constitution elle-même.

63. — A l'encontre de la doctrine du Conseil d'État, il convient de rappeler que, lors de la déconstitutionnalisation opérée par la loi de revision du 14 août 1884 sur les articles 1er à 7 de la loi constitutionnelle du 24 février, relatifs à l'organisation du Sénat et au mode de nomination des sénateurs, personne n'a émis l'idée qu'en ouvrant ainsi aux Chambres la possibilité de régler à nouveau par une loi ordinaire les points auxquels se rapportaient

précédemment les textes déconstitutionnalisés, l'Assemblée nationale ait délégué au législateur son pouvoir constituant : une telle idée eût été d'autant moins soutenable que la loi de revision de 1884, en précisant que ces textes « n'auront plus le caractère constitutionnel », marquait clairement que la matière de l'organisation du Sénat cessait de relever du pouvoir constituant et se trouvait placée désormais dans le domaine du pouvoir législatif ; c'était dire que l'Assemblée nationale, bien que se dessaisissant de l'un des objets dépendant de son pouvoir constituant, ne transférait pas aux Chambres une tranche de ce pouvoir lui-même, mais qu'elle opérait seulement le déclassement d'une matière pour laquelle elle s'en remettait dorénavant à la puissance législative du Parlement et qui était ainsi rétrogradée au rang de matière simplement législative. L'habilitation donnée par les Chambres au règlement est une opération du même genre. Pas plus que la déconstitutionnalisation de 1884, elle n'implique délégation. Malgré que le Parlement renonce à faire présentement usage de son pouvoir législatif pour les points compris dans l'habilitation, il ne transmet pas son propre pouvoir : il se borne, quant à ces points, à faire appel à la puissance réglementaire de l'Exécutif, telle que celui-ci l'a reçue, à l'état indéfini, de la Constitution. En un mot, la loi d'habilitation ne confère point à l'Exécutif une puissance nouvelle, elle attribue seulement à la puissance exécutive et habituelle de ce dernier une matière nouvelle et une occasion nouvelle de s'exercer. C'est donc à tort que le Conseil d'État s'est laissé influencer par la considération tirée du fait qu'à défaut d'habilitation, telle ou telle matière réglée par décret eût relevé de la puissance législative : la vérité est que, pas plus au point de vue matériel qu'au point de vue formel, l'habilitation ne peut s'analyser en une délégation législative.

64. — Même celles des habilitations qui vont jusqu'à autoriser le Président de la République à apporter par décret des modifications ou des dérogations aux textes législatifs en vigueur, n'ont rien d'une délégation. On a élevé des doutes spéciaux à leur sujet, en faisant valoir que l'une des forces caractéristiques de la loi consiste — ainsi que nous l'avons noté plus haut — en ce qu'il ne peut être touché à son contenu que par un acte législatif formel ; par suite, a-t-on dit, l'habilitation à modifier un texte législatif ne peut plus être ramenée à un simple classement de matières ; mais l'on prétend que par une telle habilitation le Parlement commu-

nique à l'Exécutif une puissance qui ne peut être, cette fois, que sa propre puissance législative formelle, à savoir celle de modifier la législation existante. A ce raisonnement il faut répondre, ici encore, par l'argument d'analogie qui vient d'être tiré de la déconstitutionnalisation de 1884. En effet, quand les Chambres habilitent l'Exécutif à modifier une loi en vigueur, elles dépouillent, par cela même, les prescriptions renfermées dans cette loi de leur force législative formelle et, par conséquent aussi, de leur caractère législatif. Du même coup, les matières auxquelles ces prescriptions se rapportent, sont transformées en matières susceptibles d'être traitées par voie de décrets réglementaires. On retombe ainsi dans le cas normal du règlement statuant, après habilitation, sur une matière qui a cessé d'être législative. La ressemblance avec le cas de la déconstitutionnalisation est donc tout à fait nette; et, de même que dans ce cas, l'idée de délégation demeure exclue.

65. — Aux enseignements qui viennent d'être dégagés de la Constitution de 1875 et de la pratique parlementaire touchant la matière éventuelle du règlement, on objectera, sans doute, que la reconnaissance, dans le Parlement, de facultés d'habilitation matérielle, illimitée ou peu s'en faut, aboutit à faire de lui, sous ce rapport, le possesseur d'une puissance qui, en définitive, ne se distingue plus de la puissance constituante elle-même. Car, répartir les compétences et distribuer les matières entre le législateur et l'Exécutif, c'est faire œuvre d'organisation constituante, et le Parlement se comporte en cela en Constituante plutôt qu'en Législature. On peut donc, à bon droit, reprocher à ce régime de puissance parlementaire discrétionnaire de n'être guère conciliable avec les idées qui ont été invoquées dans les temps modernes pour justifier la nécessité d'une séparation nettement tranchée entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant. Toutefois, ce reproche doit être adressé non pas à notre théorie sur les rapports entre la loi et le règlement, mais à la Constitution de 1875 elle-même, dont nous n'avons fait qu'exposer le système. Nous avons nous-même pris les devants pour faire observer (p. 91, *supra*) qu'en laissant au législateur parlementaire pleine liberté de conférer en toutes matières des habilitations à l'Exécutif, la Constitution a égalé la puissance de la loi à sa propre puissance. Nous avons noté aussi que la Constitution n'a pu s'engager dans cette voie que parce qu'elle a obéi aux influences venues du concept qui identifie la loi avec la volonté supérieure de la nation. Une Constitution qui a

adopté ce concept, ne garde plus guère, en effet, la possibilité de limiter la puissance législative; elle ne possède même plus le moyen de réserver et de maintenir à l'encontre du législateur une supériorité véritable du pouvoir constituant. C'est ce qui vient d'être vérifié déjà à propos des facultés d'habilitation dont dispose le Parlement au regard de l'Exécutif. On va voir maintenant que l'attitude prise par la Constitution de 1875 sur ce point particulier n'est que la conséquence d'une tendance générale, qui se manifeste en elle sous bien d'autres rapports encore et qui a consisté, de sa part, à se soumettre elle-même à la maîtrise du Parlement : une maîtrise qui a été poussée à un point tel que la distinction du pouvoir législatif et du pouvoir constituant s'en trouve à peu près abolie. C'est là un des traits les plus caractéristiques et les plus significatifs de la Constitution de 1875; et ce trait prouve, plus qu'aucun autre, l'ascendant qu'a exercé sur elle l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire d'une volonté qui n'admet point de puissance supérieure à elle.

CHAPITRE III

QU'EST-IL RESTÉ DANS LA CONSTITUTION DE 1875 DE LA DISTINCTION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES ET DES LOIS ORDINAIRES?

---

1. — Nous avons jusqu'à présent parlé du pouvoir législatif comme s'il n'en existait point d'autre au-dessus de lui, du Parlement comme s'il était l'organe suprême, de la loi comme si elle était le statut primordial de la communauté nationale. Nous avons même qualifié la loi d'inconditionnée et le pouvoir législatif de souverain (V. notamment p. 91). N'est-ce point méconnaître que le pouvoir législatif et la loi sont précédés, dominés, limités, et en un mot conditionnés, par la Constitution, de qui l'on a dit souvent qu'elle est la loi qui crée le pouvoir législatif lui-même, de qui les fondateurs de la *Stufentheorie*, à leur tour, disent actuellement qu'elle crée au degré supérieur un droit antérieur au droit créé par la législation, celle-ci étant à un degré subalterne l'application du droit constitutionnel qui a réglé la confection des lois? Si les normes du degré législatif procèdent ainsi de celles préalablement établies par la Constitution, comment pourrait-on maintenir à la loi la qualification de règle autonome et initiale?

A cette objection tirée de la supériorité du pouvoir constituant et de la distinction ou gradation qui en résulte entre lois constitutionnelles et lois ordinaires, il y a lieu de répondre que la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ne peut guère s'épanouir, ni fonctionner d'une façon franche et régulière, dans les milieux étatiques où s'est implantée l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale, celle-ci trouvant sa représentation dans le Parlement. A vrai dire, une distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires ne se conçoit pas dans de

tels milieux. Car, la volonté générale est toujours égale à elle-même, c'est-à-dire toujours souveraine, quel que soit l'objet auquel elle s'applique. Le Parlement, par cela seul qu'il la représente, se trouve donc logiquement qualifié pour édicter, à tout moment, aussi bien les règles par lesquelles s'organise l'exercice de la puissance de la communauté, que celles se rapportant à d'autres objets. La loi, en tant qu'œuvre de volonté générale, devient elle-même un statut de la plus haute espèce, qui ne comporte point de statut d'une essence supérieure à la sienne. Bref, la base même de toute différenciation véritable entre lois constitutionnelles et lois ordinaires s'évanouit.

2. — Depuis la Révolution, l'affirmation de la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif n'a cessé, en France, de tenir une large place dans les propos des hommes politiques et dans la littérature juridique elle-même. Sur la foi des discours prononcés originairement à l'Assemblée nationale de 1789, l'on s'est habitué à présenter cette séparation comme l'une des pièces capitales de notre système d'organisation des pouvoirs. Peut-être s'est-on trop fié en cela à des apparences. Si l'on était descendu au fond des choses, force aurait été de reconnaître que la séparation en question a été, dès les débuts datant de l'époque révolutionnaire, et est, aujourd'hui encore, plus nominale que réelle. Dans la Constitution de 1875, elle se réduit à bien peu de chose, et ce n'est pas forcer la vérité que de dire que les Chambres sont maîtresses des lois constitutionnelles comme des lois ordinaires. Or, parmi toutes les constatations relatives à la puissance parlementaire actuelle, il n'en est pas de plus impressionnante que celle-là : c'est bien elle qui nous donne le plus fortement à penser que la Constitution de 1875 a traité le Parlement en représentant de la volonté générale.

3. — Dès l'abord, il y a, à cet égard, dans la Constitution de 1875, un trait qui, si banal qu'en soit le rappel, doit être particulièrement invoqué, car il suffit déjà à indiquer la position d'effacement et de réserve discrète que cette Constitution a intentionnellement adoptée vis-à-vis de la puissance parlementaire et législative : nous voulons parler de sa brièveté, une brièveté qui va jusqu'à passer complètement sous silence des questions que l'on trouve traitées dans la plupart de nos Constitutions antérieures, comme aussi dans la plupart des Constitutions contemporaines : notam-

ment celle des droits individuels garantis aux particuliers, celle du pouvoir judiciaire. La Constitution de 1875 se borne à organiser les Chambres et l'Exécutif : elle fixe leurs attributions respectives et règle à grands traits leurs relations mutuelles. C'est là tout son contenu.

D'où vient cette brièveté singulière de la Constitution de 1875? On peut en donner de multiples motifs. On a dit, entre autres, qu'il était devenu urgent, en 1875, de mettre un terme à la période d'incertitude prolongée dans laquelle la France était demeurée, depuis la chute de l'Empire, touchant son nouveau régime constitutionnel. L'Assemblée nationale, après avoir longtemps tardé à faire sortir le pays de cet état provisoire, a senti la nécessité d'aboutir. Pour en finir plus vite, elle s'en est tenue aux règles strictement nécessaires, ne faisant entrer dans la Constitution que les principes indispensables pour le fonctionnement du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. On pourrait dire aussi que l'Assemblée nationale ne se sentait que médiocrement qualifiée pour une œuvre constitutionnelle de grande envergure : en 1871, elle avait été élue, non pour fonder la Constitution future, mais pour statuer sur la conclusion de la paix ou la continuation de la guerre; son pouvoir constituant était donc contestable, et il lui fut contesté par le parti républicain jusqu'au jour où elle eut consacré l'institution de la République. Les origines mêmes de l'Assemblée l'invitaient ainsi à un rôle modeste. On peut faire valoir encore que les constituants de cette époque n'avaient qu'une foi limitée dans l'efficacité et la stabilité de leur œuvre. Celle-ci était le produit de transactions conclues, en vue de sortir du provisoire, entre les monarchistes et les républicains. Les constituants des deux partis gardaient respectivement l'espoir de revenir prochainement sur les concessions qu'ils avaient dû se consentir mutuellement et de modifier la Constitution dans le sens qui correspondait à leurs aspirations opposées. C'est pourquoi ils inscrivaient dans l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février une clause qui ouvrait largement la porte à des revisions futures illimitées. Dès lors, n'ayant ni les uns ni les autres le désir de créer un état de choses définitif, ils n'étaient pas portés à donner un grand développement à une Constitution qui, dans leur pensée, n'était elle-même qu'un statut passager destiné à des remaniements.

4. — Peut-être, d'ailleurs, la brièveté des lois de 1875 est-elle

due, en partie, à un certain scepticisme qui régnait, à cette époque, sur la valeur des monuments constitutionnels. Depuis la Révolution, la France avait vu se succéder tant de Constitutions, et des Constitutions si différentes, qu'il en était résulté, dans l'esprit public, une sorte de lassitude à l'égard des manifestations d'ordre constituant et un affaiblissement de la confiance générale dans l'efficacité de ces manifestations. Au surplus, était-il indispensable de procéder à la confection d'une Constitution copieuse et détaillée? Au cours de nos fluctuations constitutionnelles et en dépit des changements de régime, ne s'était-il pas formé, chez nous, un corps de principes qui, en se transmettant d'un régime à l'autre, avaient fini par se consolider dans notre droit public, et qui y avaient acquis, à la longue, la valeur d'une tradition définitive? Tel est le sentiment de nombreux auteurs, qui ont soutenu, depuis 1875, qu'à côté de notre Constitution écrite, il y avait toute une Constitution coutumière, comprenant des institutions fondamentales, qui sont consacrées par un long passé remontant jusqu'à 1789 et dont l'existence ne peut plus être mise en question. Notamment, on a revendiqué la valeur constitutionnelle pour les droits individuels qui ont leur source dans les principes énoncés par la Déclaration des Droits de 1789. Déjà la Constitution de 1852 s'était placée à ce point de vue que ces droits étaient devenus, par l'effet de la tradition, partie intégrante du statut juridique de l'État français; et par suite, elle avait cru pouvoir se borner à les rappeler d'un mot, dans son article 1er, qui disait : « La Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789 et qui sont la base du droit public des Français. » En 1875, la Constitution, sans même avoir besoin d'un rappel, a pu sous-entendre ces droits entrés dans notre coutume : elle les a confirmés implicitement par son silence même.

Mais cette thèse appelle une forte réserve. Nous avons certes toutes raisons de croire que, dans leur hâte à ne dire que les choses indispensables, les constituants de 1875 ont sous-entendu, à la base des lois par eux adoptées, bien des principes ou institutions, dont ils regardaient comme superflu de formuler à nouveau le maintien. S'ils n'ont pas reproduit catégoriquement des principes comme celui de la souveraineté nationale ou de la séparation des pouvoirs, il n'est pas douteux qu'ils ne les aient considérés comme étant toujours en vigueur et comme tirant cette vigueur de l'accord général qui existait en France à leur sujet. De même, on ne saurait douter que les auteurs de la Constitution de 1875 n'aient été

fermement attachés au maintien des traditions qui ont cours en notre pays au sujet du droit individuel des citoyens. Seulement, cette méthode de sous-entendus et de consécrations silencieuses ne suffit pas à créer du droit constitutionnel véritable. Dans la mesure où les constituants de 1875 ont compté sur les idées régnantes, sur les traditions établies, sur la force de nos mœurs politiques, ils se sont, en réalité, abandonnés aux fluctuations que, sous l'influence des circonstances, tous ces éléments de consistance de l'esprit public pourraient subir dans l'avenir. Et en cela, ils ont fait tout le contraire d'une œuvre constituante. Car c'est bien le cas de répéter ici ce que nous avons déjà donné à entendre précédemment (p. 27) : les intentions de l'organe constituant ne suffisent pas à créer du statut constitutionnel. La Constitution se fait uniquement au moyen de textes : les intentions de ses auteurs ne comptent pas ou, du moins, elles ne possèdent pas force constitutionnelle.

Il en est ainsi, alors même que ces intentions s'appuient à des habitudes et à une coutume bien établies. La coutume, en effet, est impuissante à créer du droit ayant valeur constitutionnelle. La raison en est que la force spécifique de la Constitution consiste précisément en ce que les principes, institutions ou droits, qu'elle consacre, ne peuvent désormais être modifiés que par la voie d'une procédure constituante. Seul, l'organe constituant sera capable de toucher aux prescriptions émises comme règles constitutionnelles. Il résulte de là que la Constitution a, en particulier, pour but et pour effet de lier le législateur ordinaire, en tant que celui-ci ne peut exercer sur elle les pouvoirs d'abrogation et de modification qu'il possède sur les lois dont il est l'auteur. C'est en ce sens que la Constitution se caractérise comme une loi pourvue d'une puissance renforcée : c'est une loi qui domine et enchaîne la Législature elle-même. Or, cette force supérieure, qui est propre aux règles constitutionnelles, suppose que ces règles ont été posées par voie constituante, c'est-à-dire par voie de textes constitutionnels formels : elle n'appartient pas aux règles qui ne reposent que sur des usages. C'est là un point qui ressort positivement de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février. Lorsque l'article 8 parle de la revision des « lois constitutionnelles », il est évident que cette dernière expression ne peut viser que des lois au sens formel du terme, c'est-à-dire des textes faisant partie de l'acte constitutionnel de 1875. A ces textes-là nos Chambres ne peuvent toucher par la voie législative habituelle :

pour y déroger ou pour y apporter des changements, une procédure de revision est nécessaire. Mais, en sens inverse, il résulte de l'article 8 que la voie de la revision n'est pas requise pour les modifications à apporter aux règles, quelle qu'en soit la matière, qui ne figurent pas dans un des textes constitutionnels en vigueur. La revision ne s'appliquant qu'à des textes, les Chambres demeurent donc capables de réglementer par des lois pures et simples tout ce qui n'est régi que par de la coutume.

Assurément, il est des coutumes, des idées reçues, des aspirations générales, auxquelles le législateur ne saurait porter atteinte sans soulever contre lui des réprobations violentes. En fait, la coutume peut donc posséder, sur le législateur, une puissance de limitation indéniable. Mais c'est là une limitation d'ordre politique ou moral, et non d'ordre juridique. En droit, il n'est pas de coutume à laquelle la législation ne puisse déroger. Et, par conséquent, le juriste ne peut pas parler de coutume « constitutionnelle » : car cette prétendue coutume constitutionnelle ne possède point juridiquement la force spéciale qui est la condition essentielle de la notion de Constitution. Nous ne saurions donc admettre la doctrine qui prétend qu'à côté de leur œuvre constitutionnelle si concise, les constituants de 1875 ont laissé subsister implicitement une Constitution coutumière, qui complète et étoffe la Constitution écrite. La vérité est qu'en s'abstenant de donner une consécration textuelle aux principes ou institutions qu'ils considéraient comme fixés par les précédents traditionnels, les constituants de 1875 ont laissé cette partie de notre droit public dépourvue de valeur proprement constitutionnelle : ils l'ont abandonnée à la libre puissance du Parlement, celle-ci ne demeurant ainsi limitée, quant à la réglementation des conséquences à tirer de ces principes, que par les égards que le Parlement doit à l'opinion.

5. — Outre les causes déjà signalées de la brièveté de la Constitution, il en est une dernière, sur laquelle les auteurs n'ont pas suffisamment insisté, et qui est pourtant la principale. Il n'est pas douteux, en effet, que la position qui, en 1875, a été faite au Parlement au regard de la Constitution, n'ait été déterminée, avant tout, par des influences venues du concept originairement formulé par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et par chacune des Constitutions révolutionnaires, qui s'accordaient à définir la loi « l'expression de la volonté générale » et qui présentaient, par

suite, le Parlement lui-même comme l'organe et le foyer de formation de cette volonté. Par cette définition, la Révolution introduisait, quant à la question des rapports entre pouvoir législatif et pouvoir constituant, une façon de voir bien différente de celle qui a engendré en Amérique une séparation bien tranchée entre ces deux pouvoirs et aussi entre les organes par qui ils s'exercent.

6. — En Amérique, la Constitution seule a été conçue comme une œuvre de volonté générale. Le préambule de la Constitution des États-Unis de 1787 la présente comme ayant pour auteur le peuple, c'est-à-dire le souverain. Quant aux lois ordinaires, elles ne sont plus l'œuvre du peuple, mais une création de la Législature, c'est-à-dire l'œuvre d'une autorité simplement constituée, exerçant sa compétence en vertu d'une délégation faite par le peuple dans la Constitution. Il s'établit ainsi, dès l'abord, une différence radicale entre la loi constitutionnelle qui émane du souverain, et la législation courante qui ne repose que sur l'activité d'assemblées n'ayant que le caractère de simples autorités et détenant non la souveraineté, mais seulement une fonction octroyée et délimitée. « La Constitution — dit un auteur américain — est la loi suprême : c'est la loi du peuple, tandis qu'une loi de la Législature ne peut pas être la voix du peuple » ; le pouvoir exercé par la Législature, en effet, est « analogue au mandat qu'un agent reçoit de son chef » ; ce mandat, la Législature le tient de la Constitution populaire; d'où la conséquence que « les pouvoirs de la Législature sont définis et limités par les dispositions de la Constitution ».

L'on comprend, aussitôt, qu'en partant de cette conception initiale, les Américains aient été amenés à envisager le pouvoir constituant et le pouvoir législatif comme deux puissances d'essence totalement différente. On comprend que, chez eux, la Législature soit apparue comme essentiellement dominée par la Constitution, en ce double sens qu'elle ne peut, d'abord, toucher à la Constitution pour la modifier de sa seule puissance et, en outre, que la législation ordinaire, strictement limitée par la législation constitutionnelle, ne peut se mouvoir que dans la mesure des pouvoirs concédés au Corps législatif par la Constitution. On comprend encore que les lois adoptées par la Législature ne soient valables qu'autant qu'elles sont conformes à la Constitution, et que le juge ne soit tenu de les appliquer qu'après s'être assuré de leur consti-

tutionnalité ; et ceci se comprend même d'autant mieux que la Législature et les juges se trouvent placés, devant la Constitution qui est la source commune et unique de leurs pouvoirs respectifs délégués, dans une position d'égalité, attendu que Législature et juges sont, dans la sphère de leurs compétences respectives, des autorités de qualité pareille, tout au moins sous le rapport de leurs devoirs envers une Constitution de qui elles tiennent au même titre leur investiture et leurs fonctions. Enfin, et par les mêmes raisons, on s'explique qu'en Amérique, les Constitutions aient pris une tendance à développer considérablement leur dispositif : il va de soi, en effet, que le souverain, en fondant son ordre juridique constitutionnel, fera entrer dans la Constitution elle-même toutes les matières qu'il entend soustraire aux entreprises des Législatures, comme aussi toutes les prescriptions par lesquelles il vise à conditionner et à limiter leur puissance de légiférer dans l'avenir. C'est tout cet ensemble d'idées et d'institutions que l'on résume en disant que chez les Américains, le pouvoir constituant et le pouvoir législatif sont, non pas seulement de degré inégal, mais bien de nature foncièrement distincte, et demeurent, au point de vue organique, nettement séparés. En somme, la distinction américaine entre les deux pouvoirs correspond à l'opposition fondamentale qui s'établit entre le souverain et les autorités remplissant un office de puissance publique.

7. — Tout autre a été, en France, l'orientation prise sur ces mêmes points par notre droit public. Du moment que les fondateurs révolutionnaires de ce droit admettaient en principe que le Corps législatif est capable d'énoncer la volonté générale, et cela — comme le disait Sieyès — par la raison que par ses représentants c'est le peuple lui-même, c'est-à-dire le souverain, qui veut et qui légifère, il résultait de cette conception principielle que le Parlement, en tant que représentant du souverain, possédait les pouvoirs de celui-ci, ou plus exactement qu'il exerçait la souveraineté populaire elle-même. C'est en ce sens et par ce motif que la loi était qualifiée l'expression de la volonté générale, et aussi qu'elle était envisagée comme revêtue d'une force souveraine.

De ce concept découlaient immédiatement deux conséquences : D'une part, le Corps législatif acquérait, dans la hiérarchie des organes étatiques, un rang et une puissance d'une qualité infiniment supérieure à celle de l'Exécutif et des juges : car, Exécutif et juges ne constituaient que de pures autorités, chargées d'une

fonction commise; le Corps législatif, lui, élevé au pouvoir de représenter le souverain, ne faisait qu'un avec ce dernier. C'est là l'origine de la primauté en France du Parlement. D'autre part, les distances étaient singulièrement diminuées entre le Corps législatif et l'organe constituant. En réalité, il n'y avait même plus place, dans la conception révolutionnaire, pour une distinction positive entre les deux pouvoirs législatif et constituant. Car, une fois qu'il est admis que par les lois le Corps législatif édicte la volonté générale, il devient inévitable de lui reconnaître la faculté d'aborder par ses lois tous les objets possibles. La volonté générale, en effet, est une comme la souveraineté : quel que soit l'objet sur lequel elle s'exerce, elle n'admet point de puissance supérieure à la sienne. Son empire s'étend aussi bien aux questions fondamentales d'organisation des pouvoirs étatiques qu'à toute autre matière appelant de la réglementation. On est ainsi conduit au système du Parlement, pouvant, selon la formule anglaise, « tout faire ». Il n'est donc pas surprenant que la Révolution — qui avait d'abord prétendu, sous l'inspiration de Sieyès, adopter le principe américain de la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif et qui n'a cessé, en paroles, de se réclamer de ce principe — ait, en fait, donné au Parlement la haute main sur la Constitution elle-même; ce qui a été une autre grande cause de la suprématie parlementaire chez nous.

8. — Cette mainmise du Parlement sur la Constitution ressort déjà du fait que la Constitution de 1791 (tit. VII, art. 2) réservait à la Législature le pouvoir de donner ouverture à la revision. Rien ne pouvait donc être changé dans la Constitution que par la volonté du Corps législatif, qui seul avait qualité pour émettre sur ce point la volonté générale. D'où la conséquence que les pouvoirs de l'assemblée des députés ne pouvaient être modifiés qu'avec la permission de cette assemblée elle-même; ce qui, assurément, n'était guère conforme au concept de souveraineté nationale, lequel exclut toute appropriation ou immutabilité de puissance au profit d'un organe quelconque.

Le même enseignement ressort de l'article 5 (même titre). Ce texte dit que, lorsque trois Législatures successives auront émis le vœu d'une revision, celle-ci sera entreprise et effectuée par une « assemblée de revision », assemblée spécialement élue à l'effet de reviser la Constitution et qui n'a d'autre pouvoir que celui de statuer sur les objets mis en revision, assemblée com-

posée aussi d'un nombre de membres plus considérable que celui du Corps législatif et à laquelle ne sont pas éligibles les membres de la troisième Législature ayant demandé la revision. Cette assemblée présente donc, à ces divers égards, un caractère spécial, qui la différencie du Corps législatif ordinaire : en quoi il semble que la Constitution de 1791 appliquait le principe de séparation des pouvoirs législatif et constituant. Mais toutes ces particularités de l'assemblée de revision s'effacent devant le fait que l'article 5 donnait à cette assemblée le nom de « quatrième Législature ». Et par là, ce texte marquait, d'une façon significative, qu'aux yeux des constituants de 1791, l'assemblée dite de revision n'était pas d'une autre essence que les Législatures ordinaires. Elle ne pouvait pas, en effet, être d'une autre essence : car, puisque les Législatures ordinaires incarnaient déjà la nation souveraine en exprimant sa volonté générale et en exerçant ainsi son pouvoir souverain, il ne restait pas possible d'instituer au-dessus d'elles une assemblée qui fût investie d'une souveraineté plus haute que la leur ou qui énonçât une volonté générale d'une espèce autre que celle dont elles étaient déjà l'organe habituel.

Il est vrai qu'en subordonnant l'entreprise de la revision au vœu répété de trois Législatures, la Constitution de 1791 faisait intervenir dans l'œuvre de préparation des réformes constitutionnelles le corps populaire des électeurs. Celui-ci acquérait ainsi, à l'égard des projets de revision, le pouvoir de jouer un rôle qui, hormis le cas de veto royal, ne lui appartenait pas à l'égard de la législation ordinaire : il devenait capable de dresser, par ses choix électoraux, une opposition à l'encontre des propositions revisionnistes émanées du Corps législatif. Mais, de ce pouvoir électoral il ne résultait pour le peuple qu'une faculté négative d'empêchement. Pour le surplus, le corps des citoyens n'était pas plus admis à se prononcer sur les changements constitutionnels adoptés par la quatrième Législature qu'il ne possédait le droit d'introduire par sa propre initiative une procédure de revision. La quatrième Législature opérait seule la revision, en statuant selon les principes du régime représentatif, c'est-à-dire souverainement. En cela encore, elle se comportait comme une Législature ordinaire, c'est-à-dire comme une assemblée qui, parce qu'elle concentre en elle la volonté générale avec la suprématie qui s'y attache, ne connaît point de puissance surpassant la sienne.

Ainsi, l'orientation prise, dès le départ, par notre droit public

touchant la qualité en laquelle le Parlement exerce le pouvoir législatif, portait une atteinte irrémédiable à la distinction entre ce pouvoir et le pouvoir constituant. Les différences que l'on prétendait établir entre les deux sortes de pouvoirs perdaient la plus grande partie de leur valeur, dès qu'il était posé en principe par la Constitution que l'assemblée législative voulait pour la nation en une qualité qui était la même que celle de l'organe constituant. En un sens, la position du Corps législatif était même plus forte que celle de l'assemblée de revision : car celle-ci n'avait à formuler la volonté générale que par intermittences et à l'occasion des revisions, tandis que la Législature ordinaire représentait la nation et exprimait sa volonté d'une façon constante et habituelle.

9. — Aujourd'hui, il y a moins de séparation encore entre les deux pouvoirs qu'à l'époque originaire de 1791. Car, non seulement l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février fait dépendre l'éventualité de la revision de la puissance exclusive de nos Chambres, seules admises à « *déclarer qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles* »; mais encore l'opération de la revision n'exige même plus la convocation d'une assemblée spécialement élue à l'effet de faire œuvre constituante. D'après l'article 8, la revision est opérée par l'Assemblée nationale, qui, assurément, est un organe constitutionnel différent des Chambres, et dont on ne peut même pas dire qu'elle soit formée par la réunion des Chambres, attendu qu'il est de l'essence de nos Chambres de délibérer séparément, en sorte qu'elles ne peuvent se prêter à une réunion; mais, du moins, l'Assemblée nationale est une formation du personnel parlementaire; elle est la résultante d'une réunion, en un collège unique, des sénateurs et des députés qui se trouvent en fonctions au moment de sa convocation. Il suit de là qu'en réalité, l'œuvre de la revision dépend de la volonté des majorités détenant la prépondérance dans nos assemblées parlementaires. Si, en effet, il existe, respectivement, au sein du Sénat et de la Chambre des députés, une majorité acquise à une revision déterminée, il suffit à ces deux majorités de se retrouver réunies à Versailles, pour qu'elles soient assurées d'y réaliser la réforme constitutionnelle sur laquelle elles étaient par avance d'accord. C'est là tout le contraire d'une séparation effective entre l'organe législatif et l'organe constituant. Mais la vérité est que, dans le système revisionniste établi par l'article 8,

le Parlement exerce sa maîtrise aussi bien sur la Constitution que sur les lois : il est maître de la Constitution, en ce double sens qu'elle ne peut, d'abord, être modifiée sans son consentement et qu'en outre, il est capable de la modifier par sa propre puissance, c'est-à-dire par le seul fait que les majorités des deux Chambres ont, à cet égard, des volontés concordantes.

Les textes constitutionnels de 1875 soulignent eux-mêmes cette maîtrise parlementaire, lorsqu'ils disent que « *pour procéder à la revision, les deux Chambres se réuniront en Assemblée nationale* ». Ils le disent par deux fois (art. 8 précité, et art. 11, loi constit. du 16 juillet) à propos de la revision, donnant ainsi à entendre que cette assemblée est une formation particulière du Parlement. Et certes, la Constitution s'exprime mal en cela : car il n'est pas exact de dire que les Chambres elles-mêmes entrent dans la structure de l'Assemblée nationale. Mais ce langage défectueux est symptomatique : il laisse percer le sentiment de la Constitution, qui est qu'au fond la revision dépend des Chambres mêmes. Et en effet, l'Assemblée nationale, toute distincte qu'elle soit juridiquement du Parlement, est un organe factice, qui ne correspond à aucune volonté ou puissance différentes de celles du personnel parlementaire. Ainsi, nouveau Maître Jacques, le Parlement fonctionne, à tour de rôle, comme Législature et comme Constituante. Encore faut-il marquer cette particularité aggravante que c'est de leur seule volonté que les mêmes hommes composant les deux Chambres peuvent, à la majorité absolue des voix dans chacune de celles-ci, se transformer de législateurs en constituants.

10. — Dans ces conditions, l'on s'explique sans peine que les fondateurs de la Constitution de 1875 n'aient pas été portés à donner à leur œuvre une ampleur considérable. A quoi bon multiplier des prescriptions constitutionnelles dont le sort doit, en définitive, dépendre, aussi bien que celui des prescriptions législatives, de la puissance parlementaire? On comprend les Constitutions détaillées en Amérique, où le pouvoir de revision est le privilège d'une volonté plus haute que celle du législateur. Dans un système revisionniste tel que celui consacré chez nous en 1875, les précautions qui auraient consisté, de la part de la Constitution, à régler par elle-même telles ou telles matières en vue de les soustraire au législateur ordinaire, n'eussent été que médiocrement efficaces. Nos majorités parlementaires auraient gardé la ressource

de parvenir en Assemblée nationale aux résultats qu'il ne leur était pas possible d'obtenir par la voie législative.

Mais le laconisme de la Constitution de 1875 doit être expliqué par une autre raison, plus profonde encore. Il faut le rattacher surtout à l'état d'esprit qui, en 1875, a amené les constituants à faire revivre, avec l'idée de représentation de la nation par ses élus, le concept révolutionnaire du Parlement formulant souverainement la volonté générale. Une fois ce concept rétabli, les éléments d'une distinction tranchante entre la Constitution et les lois ordinaires s'évanouissaient du même coup. Car, de même qu'il n'y avait plus place pour une puissance supérieure à la puissance représentative parlementaire, de même aussi l'on n'aperçoit pas comment il serait demeuré possible d'admettre, pour une matière quelconque, l'existence et les droits réservés d'une volonté générale qui aurait été autre que celle dont le Parlement était reconnu l'organe attitré et normal. A défaut de la possibilité de distinguer entre deux sortes de matières correspondant à deux sortes de volontés différentes, l'opposition entre pouvoir constituant et pouvoir législatif devait donc forcément s'atténuer, et même elle finissait par devenir imperceptible. Quel que fût l'objet à la réglementation duquel la volonté nationale serait désormais appelée à s'appliquer, il était impossible de trouver ou de concevoir, au-dessus du Parlement, un organe quelconque qui aurait statué comme titulaire d'une puissance primordiale dominant la sienne; et inversement, il apparaissait comme logique et naturel de laisser intervenir, en toute matière donnant lieu à l'adoption de règles nouvelles, le Parlement, qui est le représentant qualifié, habituel et permanent, de la volonté de la communauté nationale. Il n'est pas douteux que ce point de vue n'ait influé sur nos constituants de 1875 : car lui seul peut expliquer, d'une façon pleinement rationnelle, la brièveté de leur œuvre. S'ils n'ont pas jugé nécessaire d'amplifier le contenu du statut organique qu'ils donnaient au peuple français, ç'a été, avant tout, parce qu'ils étaient pénétrés de l'idée que le Parlement était là pour pourvoir désormais, d'une façon constante, à toutes les questions qui appelleraient de la réglementation à édicter par représentation de la volonté nationale. Ces vues qui avaient inspiré les constituants en 1875, n'ont fait que se fortifier depuis lors : on n'en trouve pas seulement la preuve dans le fait que la Constitution a été laissée, par les Législatures qui se sont succédé depuis sa fondation jusqu'à nos jours, dans son état embryonnaire du début; mais on la trouve aussi

dans la déconstitutionnalisation qui a été opérée en 1884 sur une portion relativement considérable de son dispositif et qui a eu pour effet d'amoindrir encore son domaine matériel déjà si réduit.

11. — On peut certes discuter le concept qui fait du Parlement le représentant du souverain. Rousseau, qui faisait coïncider la souveraineté avec la volonté générale, a montré péremptoirement que la volonté générale ne se représente pas (*Contrat social*, liv. II, ch. 1; liv. III, ch. 15). Du moins, l'on ne peut contester qu'une Constitution qui identifie la volonté générale avec la volonté parlementaire, n'enlève à la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sa base principale, qui est la reconnaissance et la mise à part d'une puissance et d'une volonté supérieures à celles du législateur. En tout cas, cette identification a eu pour effet de renforcer singulièrement la primauté que détient, dans le système constitutionnel de 1875 et parmi nos divers organes étatiques, le Parlement. De toutes les causes de cette primauté actuelle, la plus considérable, en effet, est celle qui découle de la puissance dont disposent nos Chambres à l'égard de la Constitution. La constatation de cette sorte de puissance parlementaire ajoute ainsi un nouvel argument, particulièrement concluant, à tous ceux qui concourent à prouver que la Constitution de 1875 a fait sien le concept de la loi expression de la volonté générale. Or, cette constatation s'impose, on va le voir, sous un double rapport.

12. — En premier lieu, la brièveté des prescriptions constitutionnelles de 1875 a eu pour conséquence d'élargir, dans une mesure considérable, le domaine matériel du pouvoir législatif appartenant aux Chambres, au détriment de celui qui aurait pu être réservé spécialement au pouvoir constituant. C'est là une première manifestation très sensible de la décadence actuelle de la distinction entre ces deux pouvoirs. La Constitution de 1875 ne renferme, en effet, que des dispositions concernant — ainsi que l'indiquent les rubriques mêmes des trois lois dont elle se compose — « l'organisation » et « les rapports des pouvoirs publics », plus exactement des Chambres et de l'Exécutif. Encore s'est-elle montrée, sur ces points mêmes, fort réservée.

Pour ce qui est de l'organisation, elle a passé la main au Parlement, c'est-à-dire à la législation simple, à peu près intégralement, en ce qui concerne la Chambre des députés. Elle s'est contentée de poser en principe que cette Chambre « est nommée par le suffrage universel ». Pour tout le surplus, l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février renvoie à une loi ordinaire, qui a été celle du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés. Cette loi est le véritable statut d'organisation de la Chambre des députés, car il a fallu qu'elle règle, quant à cette Chambre, tous les points autres que celui de l'élection au suffrage universel. Elle s'est donné, pour ce motif, et elle mérite certes amplement le nom de loi « organique »; mais il va de soi que son contenu n'a rien de constitutionnel, comme aussi toutes les matières auxquelles elle touche se sont trouvées placées, dès le début, dans la dépendance du pouvoir législatif du Parlement. La loi de revision du 14 août 1884 a adopté la même méthode quant à l'autre Chambre : elle a fait passer en bloc la matière de l'organisation du Sénat à la législation ordinaire.

Pareillement, pour ce qui est des rapports entre les organes constitués, la Constitution de 1875 s'en est tenue à des énonciations succinctes et rudimentaires. Si nous envisageons, par exemple, la question si importante de la responsabilité politique de l'Exécutif au regard du Parlement, nous voyons que l'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février, qui met cette responsabilité à la charge des ministres, se borne à en poser le principe, dans des termes d'une ampleur qui est assurément significative, mais sans y ajouter de précision d'aucune sorte. Ce texte ne spécifie pas, comme par exemple l'article 54 de la Constitution de Weimar, que les ministres ne sont tenus de se retirer que devant une manifestation expresse de défiance de la majorité parlementaire. Surtout, il ne règle, en aucune mesure, la procédure de mise en œuvre de la responsabilité ministérielle : le régime des interpellations, qui sont, chez nous, le procédé normal par lequel elle est mise en jeu, n'est fixé que par les règlements des Chambres, c'est-à-dire par les règles de statuts intérieurs qui, n'étant que l'œuvre respective de chacune des assemblées, n'ont même pas valeur de lois.

13. — La Constitution laisse donc beaucoup à faire à nos Chambres en ce qui concerne l'organisation même des pouvoirs. C'est ainsi que nous avons déjà vérifié précédemment qu'elle leur

avait remis la puissance d'opérer par leurs lois la répartition, entre elles et l'Exécutif, des matières législatives et réglementaires. En dehors des questions autres que celles d'ordre organique, elle n'est pas seulement brève, mais la vérité est qu'elle laisse toute puissance au Parlement. La position qu'elle a prise en cela est bien différente de ce que l'on observe dans les États où le statut constitutionnel est envisagé comme l'œuvre du souverain, tandis que la Législature, de qui émanent les lois ordinaires, ne fonctionne que comme simple autorité, exerçant une compétence commise et, par conséquent, essentiellement sujette à limitation. Dans les États où a prévalu ce dernier concept, la Constitution a une tendance à prendre du développement : car elle est portée à édicter par elle-même et à faire entrer dans son dispositif, non seulement toutes les prescriptions ayant une portée organique, mais encore toutes celles se rapportant à des matières quelconques sur lesquelles elle entend soit se réserver un pouvoir exclusif de réglementation, soit fonder des principes qui s'imposeront au législateur et qui conditionneront et limiteront la puissance législative de celui-ci. Tel est le cas notamment des Constitutions des États de l'Union américaine du Nord : l'on n'y trouve pas seulement des règles relatives aux organes étatiques et aux rapports des citoyens avec les gouvernants, mais aussi des règles touchant au droit administratif, au droit pénal et à d'autres objets encore. Les Constitutions de cette sorte ont mérité le nom de Constitutions rigides : non pas seulement parce que leur qualité de lois constitutionnelles les soustrait aux entreprises du législateur, mais aussi à raison de l'importance de leur contenu, dont les dimensions font que tout un corps de règles juridiques se trouve mis à part de la législation courante et bénéficie d'une stabilité renforcée, qui est due à ce que ces règles ne peuvent être modifiées qu'au moyen d'une procédure spéciale aboutissant à une décision de l'organe constituant.

La Constitution de 1875 est bien trop brève pour qu'on puisse la qualifier de rigide. Elle se caractérise, au contraire, par une grande souplesse, qui vient de la largeur des pouvoirs de réglementation qu'elle a laissés au Parlement. Érigeant le Parlement en représentant de la volonté générale, elle lui abandonne le soin et la puissance de créer par ses lois tout l'ordre juridique national, à la seule exception des quelques règles organiques, qu'elle n'a pu éviter de consacrer par des textes constituants. En vérité, ce n'est point là de la séparation entre pouvoir constituant et pou-

voir législatif : c'est bien plutôt l'établissement d'un régime de toute puissance quasi absolue du législateur. La Constitution de 1875 est, en un sens, moins une manifestation de volonté suprême qu'un acte d'abandon à une volonté parlementaire qu'elle rend ainsi égale à celle même des constituants. Le trait qui distingue cette Constitution, est moins dans ce qu'elle a essayé de dire que dans sa façon de ne point parler.

14. — Ce silence des textes constitutionnels de 1875 est notamment à remarquer en ce qui concerne les droits individuels des particuliers dans leurs rapports avec les organes et autorités étatiques. Sans doute, il faut, à l'égard de ce que l'on appelle les libertés publiques, faire la part de la confiance qu'ont mise les auteurs de notre Constitution dans la force des idées et des mœurs politiques suscitées en France par les principes de 1789. Toutefois, il faut aussi convenir qu'en comptant ainsi sur les traditions et sur l'état d'esprit du peuple français et en s'abstenant de déterminer par des textes précis les droits réservés aux citoyens, ils ont continué, ici encore, à faire acte d'abandon plutôt que de pouvoir constituant. Nous avons déjà observé (p. 108) que la tradition, quelle que soit la force des obstacles qu'elle est capable d'opposer, en fait, aux Législatures, ne suffit point à lier juridiquement le législateur. Soutenir que les droits des Français puisent leur valeur présente dans les précédents coutumiers venus de la Déclaration originaire de 1789, c'est reconnaître que la Constitution de 1875 ne les a pas constitutionnellement garantis.

Mais ce n'est pas seulement sur la tradition que s'est reposée la Constitution de 1875 en cette matière. Son abstention a aussi pour cause le concept qui a été réintroduit par elle dans notre droit public touchant la qualité en laquelle le Parlement légifère : un concept d'où il résultait, en effet, que, dans la question des droits individuels, la Législature, parce qu'elle exprime la volonté générale, est aussi qualifiée qu'une Constituante pour poser des règles, qui, d'une façon comme de l'autre, sont envisagées comme des manifestations représentatives de cette volonté souveraine. En d'autres termes, la Constitution de 1875 s'en est remise au Parlement pour la réglementation des droits à réserver aux particuliers. En quoi elle n'a fait que suivre la méthode qui avait été employée, dès le début, par la Constitution de 1791.

Celle-ci, il est vrai, prescrivait, en son titre Ier, que « le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent

obstacle à l'exercice des droits naturels consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution ». Mais, d'une part, la Constitution de 1791 laissait sans sanction cette prohibition limitatrice imposée au Corps législatif; notamment, elle n'organisait aucun moyen juridique permettant aux intéressés de former un recours, pour cause d'inconstitutionnalité, contre les lois qui lèseraient les droits qu'elle prétendait leur avoir « garantis ». Et, d'autre part, la suite de ce même titre Ier réservait au Corps législatif le pouvoir de déterminer par ses lois les restrictions que comportent, à l'encontre de l'exercice de la liberté individuelle, soit les exigences de « la sûreté publique », soit le respect dû aux « droits d'autrui », soit enfin, et d'une façon générale, la nécessité de défendre l'ordre public « contre les actes qui seraient nuisibles à la société » : ce qui revenait à donner au législateur une faculté illimitée d'appréciation et de décision pour la réglementation des conditions d'exercice, de l'étendue et, finalement, de la consistance même des franchises reconnues aux citoyens.

Pas plus que la Constitution de 1791, nos Constitutions ultérieures n'ont précisé, d'une façon catégorique, à l'encontre du législateur, la portée effective des droits individuels des Français. Leurs dispositions à cet égard s'analysent, comme celles de la Déclaration de 1789, en des énonciations de principes plutôt qu'en des consécrations expresses de droits, c'est-à-dire de pouvoirs juridiques individuels susceptibles d'être invoqués par les intéressés devant un juge et de faire l'objet d'une reconnaissance juridictionnelle qui en assure le respect. On a bien dit que les principes contenus implicitement dans les dispositions constitutionnelles qui dressaient la liste des droits des Français, ont eu pour le législateur la valeur de directives auxquelles il ne devait point contrevenir. Mais, faute d'avoir tracé nettement les contours des droits qu'elles se bornaient à énoncer, nos Constitutions ont, en réalité, laissé le législateur maître d'opérer, sous sa propre appréciation, la mise en œuvre de leurs principes relatifs aux libertés individuelles, de dégager par ses lois les conséquences qu'il convient d'en déduire, et, par suite, de régler de sa libre puissance les droits dont l'organe constituant n'avait fait qu'ébaucher la détermination. En sorte que juridiquement le rôle du juge, en ce qui concerne ces droits, a consisté à appliquer non plus les maximes principielles, abstraites et vagues, qu'avait énoncées la Constitution, mais seulement les textes législatifs qui sont venus donner à ces maximes une réalisation positive.

Tels étaient les précédents traditionnels, devant lesquels se sont trouvés placés les constituants de 1875. Or, du moment qu'il était devenu de tradition que le Corps législatif fixe par les lois le *quale* et le *quantum* des droits individuels à déduire des principes de 1789, on ne saurait s'étonner que les auteurs de la Constitution de 1875 se soient abstenus d'aborder à nouveau ce sujet. Les principes de 1789 étaient trop connus, trop incontestés, pour qu'il fût besoin de les rappeler; et quant à leur mise en œuvre, on était habitué à considérer que c'était là affaire de législation. Le rôle du Parlement en cette affaire ne pouvait s'amoindrir sous un régime où inévitablement la prépondérance parlementaire était appelée à grandir. Sur ce point, comme sur tant d'autres, la Constitution de 1875 s'en est remise, par son silence, à la puissance législative des Chambres.

15. — Depuis qu'une campagne, sourde ou avouée, s'est ouverte en France contre la toute puissance parlementaire, l'un des moyens employés pour restreindre cette haute puissance a consisté à revendiquer pour les particuliers le droit de se pourvoir, tout au moins par voie d'exception, contre les lois qui porteraient atteinte à l'un des droits individuels qui leur sont réservés par l'ordre constitutionnel en vigueur. La thèse qui a été soutenue en ce sens, se résume dans l'affirmation qu'il appartient à tout juge saisi d'un litige de s'assurer, avant d'appliquer le texte de loi qui solutionne l'espèce litigieuse, que la disposition contenue dans ce texte n'entre pas en contradiction avec une prescription constitutionnelle. Si le juge estime que le texte législatif applicable à l'espèce a violé la Constitution, il doit, a-t-on dit, refuser d'en faire application, attendu que, dans ce conflit entre deux lois douées de puissance inégale, il s'impose d'admettre que la loi du degré plus élevé, c'est-à-dire la loi constitutionnelle, doit prévaloir sur la loi ordinaire, qui est de qualité moindre. Cette doctrine implique que les tribunaux sont appelés par la nature même de leur fonction à appliquer aussi bien les lois constitutionnelles que la législation simple; elle implique même qu'il rentre dans leur office d'interpréter la Constitution, en vue de résoudre les difficultés qui peuvent s'élever sur la portée de ses dispositions, notamment en tant qu'il s'agit d'apprécier si telle de ses dispositions interdisait ou non au législateur d'édicter la prescription dont l'espèce litigieuse actuelle appellerait sans cela l'application immédiate. Ainsi se trouverait limitée

la puissance du législateur par la faculté qu'aurait le juge de mettre hors fonction les lois qui contreviennent à la Constitution, telle qu'elle est interprétée par l'autorité juridictionnelle elle-même.

On verra plus loin les objections capitales que suscitent les principes généraux du droit public français à l'encontre de la thèse qui prétend trouver dans la notion même de pouvoir juridictionnel la justification d'un droit et d'un devoir, pour le juge, de contrôler la constitutionnalité des prescriptions émises par les lois. Pour le moment, il suffit d'observer que, même si cette thèse était fondée en soi, elle demeurerait dénuée d'intérêt pratique, dans l'état actuel de la Constitution française, attendu que la Constitution de 1875, n'ayant pour contenu que des règles d'organisation des pouvoirs et étant totalement muette sur le statut juridique des particuliers, ne fournit pas à ceux-ci la matière de recours pour cause d'inconstitutionnalité contre les lois, ni davantage au juge l'occasion de relever des conflits entre les lois applicables à leurs différends d'ordre privé, ou à leurs litiges avec l'État, et les textes constitutionnels.

16. — Les auteurs qui s'efforcent d'introduire en France l'institution du contrôle juridictionnel sur les lois, ont bien senti qu'en l'état de notre Constitution, leurs efforts étaient condamnés à demeurer dénués d'effet utile. Dans le but de remédier à l'indigence de la Constitution de 1875 en ce qui concerne le droit des particuliers et pour ouvrir à ceux-ci la possibilité, qui leur a totalement fait défaut jusqu'ici, de former contre les lois des recours fondés sur des griefs d'inconstitutionnalité, certains auteurs ont recouru à un moyen audacieux, qui consiste à soutenir que ce n'est pas seulement dans les textes constitutionnels que le juge doit puiser les éléments d'appréciation de la validité des lois. C'est ainsi que nous avons vu poindre récemment une doctrine suivant laquelle la puissance législative du Parlement serait juridiquement limitée, d'une part, par des principes qui, bien que non inscrits dans la Constitution, peuvent, a-t-on dit, et même doivent être regardés comme formant la base implicite de tout notre système de droit public et étatique, par exemple le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, celui de la hiérarchie des fonctionnaires, etc., et, d'autre part, par des principes d'un ordre plus élevé encore, qui sont ceux dont l'école des Doctrinaires disait, il y a un siècle, qu'ils

tirent leur supériorité transcendante de la plus haute de toutes les souverainetés, celle de la justice et de la raison, en sorte qu'ils dominent non seulement le législateur, mais la Constitution elle-même. Les défenseurs de ces idées ajoutent que c'est au juge qu'il appartient, à l'occasion et au cours des litiges dont il est saisi, de rechercher, de reconnaître et de formuler ces principes fondamentaux ou suprêmes, comme aussi de dénier la légitimité, et le droit à être appliquées, aux lois qui les auraient méconnus.

17. — En somme, cette thèse revient à dire que nos tribunaux sont appelés à faire par leurs jugements la Constitution qui nous manque présentement. Il suffit d'énoncer cette conclusion pour démontrer ce qu'ont d'inacceptable les idées d'où elle découle. Elle se heurte à la conception traditionnelle du pouvoir juridictionnel, telle qu'elle a été introduite par la Révolution et maintenue, depuis lors, dans notre droit public. De cette conception qui a engendré chez nous l'un de ces principes mêmes qui viennent d'être invoqués et caractérisés comme base du droit public français, il résulte que le juge, ayant pour premier et inéluctable devoir juridique d'appliquer les lois, ne saurait — comme le spécifie l'article 127 du Code pénal — pour des motifs pris en dehors de la législation elle-même, se refuser à tenir compte d'une loi qui a été régulièrement promulguée. Admettre que les tribunaux puissent mettre les lois hors d'application par cela seul qu'ils leur opposeraient des causes d'invalidation tirées de principes ou de préceptes dont ils seraient maîtres de dresser la liste et d'établir la supériorité en vertu de leur libre appréciation, ce serait, en réalité, leur conférer sur l'œuvre du législateur une faculté d'examen et de censure qui, finalement, ferait dépendre l'efficacité de toute cette œuvre de leur puissance discrétionnaire. Cette puissance deviendrait même illimitée : car il n'est guère de loi introduisant des innovations ou des réformes importantes qui, dans ces conditions, ne se prêterait à quelque contestation portant sur sa légitimité ; et le juge, pour peu qu'il soit hostile à une nouveauté législative, parviendrait trop souvent à faire valoir quelque raison d'ordre soi-disant supérieur qui lui fournirait le moyen de se soustraire à son application. Comment croire que l'autorité juridictionnelle possède, dans notre droit public, une telle puissance, la puissance de contrecarrer et de paralyser les décisions législatives des Chambres, alors que cette autorité n'est même pas nommée par les textes constitutionnels de 1875? Et, s'il ressort

ainsi manifestement de cette prétérition du pouvoir judiciaire que la Constitution de 1875 a placé les juges dans la même position de subordination que les autorités administratives vis-à-vis du législateur, comment pourrait-on souscrire à la thèse des auteurs qui prétendent qu'il serait aujourd'hui au pouvoir de nos tribunaux de renverser tout notre ordre hiérarchique constitutionnel, remontant jusqu'aux origines révolutionnaires, par le seul moyen d'une évolution de jurisprudence, laquelle consisterait de leur part à affirmer leur droit de scruter la légitimité des lois en vue d'apprécier si, d'après leurs propres conceptions morales, sociales ou autres, elles méritent application, et qui leur permettrait ainsi de s'égaler, de leur propre mouvement, au législateur?

18. — Concluons donc que, dans la controverse si vive qui règne présentement chez nous sur la possibilité d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, il ne pourrait, en tout cas, être question pour les tribunaux de rejeter l'application d'une loi pour cause d'inconstitutionnalité que s'il était établi par eux que cette loi a violé une disposition textuelle de la Constitution en vigueur. Or, il est certain que les textes constitutionnels de 1875 ne contiennent pas de dispositions qui soient de nature à fournir aux tribunaux l'occasion de relever de telles violations à l'encontre des lois dont les litiges intéressant les particuliers mettent en jeu l'application. La brièveté de notre Constitution fait donc que la campagne entreprise de nos jours en France pour limiter la puissance parlementaire par l'introduction d'un contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois ne peut aboutir à des résultats pratiquement utiles. Pour parvenir à une limitation effective de la puissance législative de nos Chambres, il faudrait que notre Constitution prît une consistance nouvelle et que, de simple statut d'organisation des pouvoirs qu'elle a été depuis 1875, elle fût transformée en un corps de règles statutaires qui comprendrait, sur toutes les matières que l'organe constituant entend se réserver à lui-même, tous les principes qui lieront le législateur et qui borneront sa compétence. Alors, il y aurait place pour un contrôle juridictionnel consistant à confronter les lois avec les textes constitutionnels et destiné à imposer au législateur le respect de l'ordre juridique supérieur établi par la Constitution. Alors aussi, les citoyens trouveraient, grâce aux principes positifs et précis formulés par la Constitution quant à leur droit individuel et grâce au contrôle dont ces principes ren-

draient les lois susceptibles, cette protection effective contre la puissance du législateur qui leur fait actuellement défaut. Mais il va sans dire qu'une telle transformation ne saurait être réalisée par voie de décisions jurisprudentielles : elle nécessiterait une procédure constituante de revision. Et le recours aux formes d'une revision serait d'autant plus nécessaire qu'une réforme de cette sorte aurait une portée singulièrement profonde : car elle modifierait entièrement le concept fondamental qui a fait qu'en 1875, nos constituants, s'abandonnant à la puissance future du Parlement, envisagé comme l'organe qui exprime la volonté générale, ont réduit leur œuvre à n'être qu'un minimum de Constitution.

Ce n'est point, d'ailleurs, que l'insertion dans la Constitution de textes limitant la puissance des Législatures soit inconciliable avec la conception qui rapporte à la volonté générale et à la souveraineté du peuple les lois émanées de ces assemblées représentatives. On pourrait fort bien concevoir que, par la Constitution, le peuple s'impose, à lui et à ses Législatures, telles ou telles restrictions, notamment au regard de ses membres individuels : en particulier, il pourrait s'imposer de ne toucher aux libertés réservées aux citoyens dans la Constitution que par la voie de revisions constitutionnelles, soumises à des conditions spéciales, plus rigoureuses et plus difficiles à remplir que celles qui suffisent pour l'adoption des lois ordinaires. Le peuple en cela n'abdiquerait pas sa souveraineté, puisqu'il ne se trouverait lié que par sa propre volonté : l'auto-limitation n'est pas la négation du pouvoir souverain, mais bien l'un des attributs et l'une des marques de ce pouvoir. Ainsi verrait-on se rouvrir la possibilité d'un contrôle juridictionnel s'exerçant à l'effet d'arrêter l'application des lois ordinaires faites au mépris d'une disposition constitutionnelle. C'est en s'inspirant de ces idées que le principal théoricien de la souveraineté populaire au temps de la Révolution, Sieyès, combinait avec sa définition du régime représentatif — dans lequel, disait-il, le peuple lui-même veut par ses représentants — l'institution d'une jurie constitutionnaire, qui aurait eu pour mission d'annuler les lois enfreignant la Constitution. Et les vues de Sieyès sur ce point étaient correctes : car, dans tout État de droit, la souveraineté, populaire ou autre, ne peut s'exercer que dans les formes et sous les conditions fixées par l'ordre juridique en vigueur.

Il n'en demeure pas moins vrai qu'une revision qui aurait pour

objet de transformer les lois de 1875 en une Constitution détaillée et rigide et de soumettre la législation ordinaire à un contrôle juridictionnel de validité, bouleverserait, en même temps que nos traditions nées à l'époque révolutionnaire, les bases mêmes de notre régime constitutionnel et parlementaire actuel. Non seulement elle aurait pour effet, ainsi qu'il vient d'être dit, de détrôner le Parlement de la haute position qui résulte pour lui de l'étendue, presque illimitée au point de vue matériel, que sa puissance législative tire de la brièveté de la Constitution. Mais encore, si le sort des lois devait dépendre du jugement porté sur leur validité par une tierce autorité, cette réforme dépouillerait le Parlement d'un autre privilège qui, à l'heure présente, forme l'un des traits principaux de sa primauté et dont il va maintenant être parlé : à savoir le pouvoir qu'il a reçu, en 1875, de déterminer par lui-même ce que la Constitution lui permet ou non de faire, et, par conséquent aussi, le pouvoir de décider, sous sa propre appréciation, de la constitutionnalité des lois soumises à ses délibérations.

19. — On peut reprocher à la Constitution de 1875 d'avoir, par sa brièveté, amoindri à l'excès la séparation des deux pouvoirs constituant et législatif. Mais on ne pourrait pas reprocher à ses auteurs d'avoir manqué de logique en abrégeant leur œuvre. La brièveté même de la Constitution de 1875 donne à penser que ses fondateurs se sont bien rendu compte du peu d'utilité qu'aurait eu l'amplification de son contenu. Il eût été vain de corser ce contenu et de lui donner grande envergure, alors que le Parlement devait avoir, sur nos lois constitutionnelles, la haute main. Nous touchons ici au second aspect, annoncé plus haut (p. 116), de la puissance parlementaire sur la Constitution.

Déjà il a été noté que l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février fait dépendre le maintien ou la modification de notre Constitution de la volonté parlementaire. D'après ce texte, les Chambres seules peuvent donner ouverture à une revision, ce qui implique que la Constitution ne peut être retouchée qu'avec leur consentement. Et quant à l'accomplissement même de la revision, il suffit que, dans chaque Chambre, il y ait une majorité acquise en faveur d'un projet revisionniste, pour que l'on puisse affirmer que la revision est faite d'avance : car ces deux majorités

de députés et de sénateurs n'auront qu'à décider leur réunion en Assemblée nationale pour parfaire la revision projetée, sans qu'aucun obstacle puisse leur être opposé du dehors. Bien entendu, il n'est pas à supposer que les majorités parlementaires puissent s'engager dans des entreprises revisionnistes qui soulèveraient contre elles un fort mouvement d'opinion dans le pays. Il n'en est pas moins vrai qu'elles ont juridiquement la puissance d'exprimer, à cet égard, par elles-mêmes, la volonté nationale, et cela sans même qu'il soit réservé au corps des citoyens d'exercer son influence sur la revision par la voie d'élections générales faites en vue de celle-ci. Les constituants de 1875 ont, à un plus haut degré encore que leurs aînés de 1791, consacré la maîtrise du Parlement sur la Constitution, puisqu'ils n'ont même pas subordonné la revision à un renouvellement spécial de la Législature.

Finalement, il est permis de dire que toute notre organisation constitutionnelle repose, au fond, sur la puissance parlementaire. En cela, le concept de la représentation du souverain par le Parlement, qui nous était apparu déjà comme ayant été la source, en 1875, des pouvoirs législatifs si considérables reconnus aux Chambres, se précise et s'affirme bien davantage encore. La primauté du Parlement s'en trouve fortement accrue. Le caractère souverain de cette primauté, depuis 1875, résulte, avant tout, du fait qu'il n'est pas d'autorité dont le titre et les pouvoirs ne puissent être modifiés par l'effet de la volonté revisionniste des Chambres : rien que pour ce motif, il est clair notamment que notre Parlement domine de haut l'Exécutif, pris jusqu'en la personne de son chef. Parmi les multiples causes de la suprématie actuelle du Parlement français, il n'en est pas de plus forte que celle-là. Lui est maître de sa propre situation, à laquelle il ne peut être apporté de changement que par sa propre volonté : toutes autres autorités relèvent de lui, par le pouvoir revisionniste qu'il possède sur elles. En fin de compte, la Constitution tout entière est dans sa main.

20. — De cette puissance du Parlement sur la Constitution il ressort, d'autre part, que l'introduction d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois ne pourrait pas, dans l'état de notre droit public, avoir l'efficacité qu'elle a dans d'autres États. En Amérique, la décision de justice qui déclare une loi inconstitutionnelle, a pour effet d'élever, à l'encontre de la volonté de la Législature ainsi frappée d'opposition, une barrière qui demeure

pour elle infranchissable, attendu que la Législature est impuissante à modifier par elle seule la Constitution. De même, dans les États où la Constitution peut bien être modifiée par le Parlement, mais sous la condition d'un vote émis par une majorité renforcée, des deux tiers ou des trois quarts, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi fait naître contre cette loi un obstacle, sinon insurmontable, du moins difficile à surmonter, car il n'est pas aisé pour la Législature d'atteindre le nombre surélevé de suffrages exigé pour les modifications à la Constitution. Chez nous, au contraire, le Parlement, s'il se heurtait à une déclaration juridictionnelle d'inconstitutionnalité, pourrait, sans grande difficulté, triompher de cette résistance : les majorités parlementaires qui ont adopté la loi paralysée par une sentence de l'autorité judiciaire, n'auraient, pour faire prévaloir leur volonté, qu'à confirmer en Assemblée nationale la décision ou mesure qu'elles avaient prise d'abord par voie simplement législative et dont la validité a été contestée par les tribunaux. Sans doute, une réunion en Assemblée nationale est un événement dont la gravité ne peut passer inaperçue : il reste pourtant qu'une majorité parlementaire bien décidée demeurerait capable d'imposer sa volonté, en dépit de l'échec qu'elle aurait subi devant l'autorité judiciaire. Dans ces conditions, il est probable que celle-ci hésiterait beaucoup à prononcer des refus d'application contre les lois pour cause d'inconstitutionnalité. Un tribunal, si haut placé et fortement organisé qu'on le suppose, ne serait guère porté à engager contre le Parlement une lutte qui serait manifestement très inégale, puisque le Parlement pourrait toujours, s'il y tenait, avoir raison de l'opposition formée par les juges. Il arriverait pour l'institution du contrôle juridictionnel sur les lois ce qui est arrivé pour le droit présidentiel de demander aux Chambres une nouvelle délibération de la loi par elles adoptée : l'Exécutif ne s'est jamais risqué à faire usage de ce pouvoir, parce que les supériorités qu'a sur lui le Parlement ne lui en laissaient point pratiquement le moyen. Enfin, et du point de vue de la plus simple logique, on n'aperçoit pas comment le juge pourrait prétendre obliger le Parlement à se maintenir dans l'observation d'une Constitution que la majorité parlementaire est capable de changer.

Il faut donc reconnaître que l'introduction du recours juridictionnel contre les lois présupposerait de grands changements dans notre système constitutionnel. Non seulement il faudrait

développer le contenu de notre Constitution, en y faisant entrer toutes les matières et règles que l'on croirait devoir soustraire à l'emprise du législateur. Mais encore et surtout, il serait indispensable d'établir chez nous la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif qui actuellement n'y existe pas, de telle sorte qu'il ne soit plus au pouvoir de la majorité parlementaire ordinaire de modifier les lois constitutionnelles et, par ainsi, de se débarrasser des entraves que la Constitution aurait cherché à lui imposer et dans lesquelles l'autorité juridictionnelle essayerait de la maintenir.

21. — Mais nous sommes bien loin, présentement en France, de la séparation et d'une supériorité véritable du pouvoir constituant. Et cela, toujours pour la raison signalée plus haut (p. 110), qui est que la Constitution de 1875, au lieu de traiter le Parlement comme une simple autorité, enfermée dans les limites de la compétence qui lui a été remise par le peuple dans l'acte constitutionnel, identifie la volonté parlementaire avec la volonté générale; d'où il résulte que le Parlement est identifié avec le souverain dont il est conçu comme le représentant. Ce concept relatif au fondement de la puissance parlementaire a entraîné la mainmise du Parlement sur le pouvoir constituant. La conséquence était logique : puisque le Parlement est la figuration du souverain, il est naturel qu'il puisse faire tout ce dont le souverain est capable ; or, celui-ci est maître aussi bien du statut fondamental de la communauté nationale que des lois ordinaires qui régissent cette communauté.

22. — Ce même concept a entraîné l'exclusion de toute intervention juridictionnelle dans les questions de constitutionnalité des lois. On s'explique qu'un juge puisse s'interposer entre le législateur et les autorités administratives pour apprécier la légalité des actes de ces dernières : la raison en est que le pouvoir attribué aux autorités administratives n'est, par définition constitutionnelle, que du pouvoir exécutif, c'est-à-dire un pouvoir qui ne comporte que des actes d'exécution des lois; ce qui implique, à tout le moins, que l'Exécutif ne peut agir qu'en vertu et dans la mesure des habilitations qui lui ont été accordées par un texte de loi. Il résulte de là que tout acte de l'autorité exécutive qui dépasse les habilitations octroyées par les lois, devra nécessairement être tenu pour dénué de validité. Cette nécessité est si

forte qu'elle l'a emporté sur notre principe français de la séparation des autorités administratives et des autorités judiciaires, en ce qui concerne le contentieux relatif aux décrets réglementaires : par une dérogation surprenante aux multiples prohibitions créées à l'époque révolutionnaire, qui interdisaient aux juges de connaître des actes administratifs, nos tribunaux judiciaires ont été inéluctablement amenés à refuser l'application des règlements, lorsque ceux-ci n'étaient pas « légalement faits » (Code pénal, art. 471-15°). Au contraire, on ne voit pas comment une tierce autorité quelconque, juge ou autre, pourrait s'interposer entre le souverain, auteur de la Constitution, et le législateur parlementaire, qui, selon le concept français, ne fait qu'un, lui aussi, avec le souverain. Ce qui permet une intervention de l'autorité juridictionnelle à l'égard des actes administratifs, c'est qu'elle a pour but de faire respecter la puissance supérieure de l'organe législatif par l'autorité subalterne qu'est l'Exécutif. Dans le système qui qualifie la loi l'expression de la volonté générale, il n'y a plus place pour des facultés de résistance juridictionnelle opposables aux lois, attendu que ces facultés ne trouveraient plus de volonté ou de puissance, supérieure à celle du Parlement, sur laquelle elles puissent logiquement s'appuyer. On ne peut donc s'étonner que l'institution du contrôle des lois n'ait été admise qu'aux époques napoléoniennes, en l'an VIII et en 1852, c'est-à-dire en un temps où précisément le Corps législatif était dépouillé des qualités et grandeurs qui avaient fait de lui, après 1789, l'égal du souverain ; à ces époques, l'inspection de légitimité sur les lois ne fut point, d'ailleurs, exercée par une autorité juridictionnelle, mais par le Sénat, gardien et conservateur de la Constitution.

23. — Enfin, le concept du Parlement incarnant le souverain a eu pour conséquence, non moins logique, d'exclure le pouvoir pour les juges d'interpréter la Constitution à l'effet d'en fixer la portée, au cas où il est allégué devant eux qu'il y a conflit entre la disposition législative applicable à l'espèce et un texte constitutionnel. En Amérique, où la Constitution est envisagée comme l'œuvre du peuple et où elle domine, par suite, du haut de la souveraineté populaire, l'œuvre de la Législature, simple autorité constituée, il va de soi que la Législature ne saurait apprécier et fixer par elle-même l'étendue des limitations que lui a imposées l'acte constitutionnel. Non seulement il y a place ici pour l'intervention d'une tierce autorité prononçant, entre l'auteur de la

Constitution et la Législature, la solution que peut nécessiter leur conflit. Mais encore, comme le démontrait péremptoirement en 1802 le juge Marshall, il est naturel et même indispensable que les cours de justice, avant d'appliquer les lois aux causes qui leur sont soumises, s'enquièrent et s'assurent de leur conformité avec la loi d'essence supérieure qu'est la Constitution : or, il arrivera fréquemment que cette vérification ne puisse se faire sans une interprétation de la Constitution elle-même. Le juge américain se trouve ainsi appelé, d'emblée, à interpréter, en cas de doute ou de contestation, les textes constitutionnels aussi bien que les textes législatifs. A plus forte raison, le système américain implique-t-il qu'il lui appartient de les appliquer éventuellement les uns comme les autres. Et c'est pourquoi, en cas d'opposition entre eux, il appliquera le texte de la Constitution à l'exclusion du texte législatif reconnu inconstitutionnel.

La question des rapports entre les lois et la Constitution se pose d'une tout autre façon dans un système de droit public qui, comme le nôtre, part du principe que le peuple est présent aussi bien à la confection des lois par la Législature qu'à la fondation de la Constitution par une Constituante. L'idée qui se dégage alors, c'est que la Législature aura qualité, puisqu'elle représente le peuple, pour interpréter les volontés que le peuple a énoncées par ses représentants dans la Constitution. Rien n'est plus naturel, en effet, que de faire interpréter un acte par celui-là même qui en est l'auteur : *ejus est interpretari, cujus est condere.* Au peuple qui a fait la Constitution, revient le pouvoir de l'interpréter. Or, le peuple est représenté d'une façon permanente par la Législature : par elle c'est toujours lui qui prononce. Il fixera donc, par l'organe de celle-ci, la portée des volontés qui ont été formulées précédemment en son nom dans les textes constitutionnels. En d'autres termes, il appartiendra à la Législature, au moment même de l'élaboration des lois, d'examiner si la loi en délibération est conforme à la Constitution et de trancher les difficultés qui pourraient s'élever sur ce point. La Législature interprétera à cet effet, par représentation populaire, les dispositions constitutionnelles qui susciteraient des difficultés de cette sorte. Finalement, lorsque la Législature aura adopté une loi, le fait même de cette adoption mettra la loi adoptée au-dessus de toute contestation relative à sa constitutionnalité. Et par suite, aucune autorité, aucun juge notamment, ne pourra plus s'entremettre pour revenir sur cette question de conformité à

la Constitution. Le souverain lui-même l'aura, par l'organe de la Législature, solutionnée et épuisée. Tout ceci revient à dire que l'interprétation de la Constitution appartient au Parlement : celui-ci, parce qu'exerçant les pouvoirs du souverain, sera juge de la constitutionnalité de ses propres lois. Il résulte de là que les tribunaux n'ont pas à interpréter la Constitution; du moins, ils n'en ont pas le pouvoir vis-à-vis du législateur. On peut même dire que le juge n'a pas à appliquer la Constitution : dès qu'une loi a été régulièrement promulguée, il est tenu d'appliquer cette loi aux espèces qui tombent sous son texte, et il n'est pas admis à remonter au delà de la promulgation; le juge n'a donc à appliquer que les lois ordinaires, ce n'est pas à lui d'appliquer la Constitution.

24. — Il y a, dans la Constitution de 1875, un texte qui résume et confirme toutes les notions que nous venons de dégager. C'est l'alinéa 1er de l'article 8 précité, qui réserve aux Chambres « *le droit de déclarer qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles* ». Cette formule s'applique littéralement à la question de savoir quelle est, dans notre droit public positif, l'autorité de qui dépend l'appréciation de la constitutionnalité des lois. Dire, en effet, comme le fait l'article 8, que le pouvoir de décider s' « il y a lieu » de reviser les lois constitutionnelles, appartient aux Chambres, c'est dénier ce pouvoir à toute autorité autre qu'elles. Le texte implique, par conséquent, que, lors de la délibération des lois ordinaires, il rentre dans l'office des Chambres d'examiner si le projet législatif qui leur est soumis ne contient rien de contraire à la Constitution et si il peut, dès lors, être adopté par la voie législative ordinaire, ou si, en sens inverse, ce projet porte atteinte ou dérogation à une prescription constitutionnelle, en sorte qu'il nécessite alors une procédure de revision. Si donc les Chambres, après examen de cette question de constitutionnalité, décident que le projet peut être adopté en forme législative, ou encore lorsqu'elles ont adopté une loi sans que sa constitutionnalité ait été mise en doute devant elles, la question de validité de la loi ne pourra plus être soulevée devant les tribunaux. Le juge ne sera pas admis à faire prévaloir, quant à cette question, son propre sentiment sur celui du Parlement : il ne pourra pas décider qu'à son avis, la loi adoptée par les Chambres aurait dû être faite en Assemblée nationale et à titre de loi constitutionnelle; car l'article 8 spécifie que les Chambres avaient seules qualité

pour déclarer qu'une revision était nécessaire. Bref, l'article 8 attribue aux Chambres un monopole exclusif, non seulement à l'effet de donner ouverture à la revision, mais encore de décider quand la revision est requise. En quoi il ne fait, d'ailleurs, que se conformer aux précédents venus de nos Constitutions révolutionnaires et de celle de 1848. Mais il est clair, ici encore, que la puissance ainsi reconnue à notre Parlement sur l'interprétation de la Constitution ne permet guère de parler chez nous d'une séparation réelle entre pouvoir législatif et pouvoir constituant.

25. — Récapitulons toutes les constatations qui viennent d'être recueillies touchant les pouvoirs de notre Parlement sur la Constitution. Nous avons vu que lui seul peut en provoquer la revision, qu'il est maître d'en donner l'interprétation et de fixer l'étendue qu'ont par rapport à elle ses pouvoirs législatifs, enfin qu'il est assuré de pouvoir la modifier à son gré par voie de revision par cela seul que les majorités respectives des deux Chambres sont d'accord sur la revision à opérer. Devant ces constatations, il devient manifeste que les constituants de 1875 avaient de bonnes raisons pour être brefs. Du moment que la Constitution qu'ils fondaient, devait aussi fortement dépendre de la puissance parlementaire, ils ne pouvaient que la faire très modeste. Et cela, d'autant plus que l'extension qu'ils donnaient à la puissance du Parlement sur nos lois constitutionnelles était basée sur l'idée qu'ils se faisaient du Parlement, celui-ci devant être désormais l'organe permanent de la volonté générale. Il ne restait plus possible, dès lors, d'établir une opposition foncière entre la puissance parlementaire et le pouvoir constituant.

En vain ferait-on valoir que l'Assemblée nationale est, au point de vue formel, un organe différent des Chambres. Il est bien vrai que la Constitution de 1875 n'a pas osé rompre de face avec les précédents créés par les Constitutions de 1791, de l'an III, de 1848, qui avaient établi une apparence de spécialité de l'organe constituant. Mais elle n'a établi, elle aussi, qu'une apparence de séparation entre Constituante et Législature et, par suite, une ombre seulement de pouvoir constituant. En réalité, la volonté de qui dépendent, au sein même de l'Assemblée nationale, le sort et la consistance de la revision, n'est autre que celle des deux majorités venues de la Chambre des députés et du Sénat. On remarquera, en ce sens, que nos auteurs font eux-mêmes l'aveu de ce lien de dépendance entre l'œuvre revisionniste à accomplir en Assem-

blée nationale et la volonté parlementaire : car, c'est sur l'argument tiré du respect dû à la volonté de la majorité de chacune des Chambres que la plupart d'entre eux s'appuient pour soutenir que l'Assemblée nationale ne peut excéder le programme revisionniste qui lui a été tracé par les résolutions préalables et concordantes dont l'adoption, dans l'une et l'autre Chambre, délibérant séparément, a eu pour effet tout à la fois de donner ouverture à la revision et d'en conditionner l'objet.

En somme, nous n'avons eu de vraies Constituantes depuis 1789 et, sauf aux époques de régime plébiscitaire, la notion d'un pouvoir constituant d'essence spéciale ne s'est trouvée réalisée chez nous qu'au lendemain des secousses violentes qui venaient de jeter bas tout l'édifice constitutionnel précédemment établi. Comme, à ces moments de crise, il ne restait rien de la Constitution antérieure, il a bien fallu qu'une assemblée extraordinaire, élue pour mettre fin à une telle situation, vînt fonder un ordre constitutionnel entièrement nouveau : et il est clair que cette sorte d'assemblée n'avait, cette fois, rien de commun avec les Législatures antérieures qui avaient elles-mêmes été emportées par un mouvement révolutionnaire. C'est de là surtout qu'est née, en notre pays, la tradition des Constituantes, distinctes du Parlement et douées d'un pouvoir vraiment indépendant de création. Entre cette tradition de fait et les précédents fournis par celles de nos Constitutions qui avaient fait dépendre leur revision de la puissance parlementaire, la Constitution de 1875 a fait un choix qui ne laisse point place au doute : l'Assemblée nationale à laquelle elle a confié la revision, n'est une Constituante, ni par les conditions de sa formation, ni par l'indépendance et la supériorité véritable de ses pouvoirs au regard du Parlement.

26. — Il y a lieu de se demander, après tout ce qui précède, si nous avons encore, en France, une Constitution, au sens propre de ce mot.

A première vue, il semble qu'on doive répondre que, dans la mesure où les lois constitutionnelles de 1875 ont, comme l'indique leur intitulé, assuré l' « organisation des pouvoirs publics » et réglé les « rapports » entre ces pouvoirs, il n'est point possible de leur dénier la nature de statut organique d'ordre constitutionnel. Alors

même qu'on constate, comme nous l'avons fait plus haut, que ces lois de 1875 s'en sont remises au Parlement pour un nombre considérable de questions capitales et que finalement elles lui ont abandonné leur propre destinée, l'on peut encore soutenir qu'en fondant ainsi cette puissance parlementaire, si indéfinie soit-elle, elles ont fait œuvre constituante et qu'elles réalisent, par conséquent, la notion de Constitution.

Toutefois, un examen plus attentif de la situation organique créée par l'Assemblée nationale de 1875 conduit à douter que l'œuvre de cette assemblée ait rempli les conditions que requiert l'idée de Constitution véritable. Car, le signe caractéristique de la Constitution, celui qui forme l'élément essentiel de sa définition, c'est qu'elle est une loi pourvue d'une force supérieure et armée d'une puissance renforcée, en tant qu'elle domine et limite le législateur ordinaire. Il n'est point rigoureusement besoin de Constitution pour lier les autorités exécutives et juridictionnelles : la législation ordinaire suffit à cet objet. Le pouvoir du législateur, au contraire, ne se trouve limité qu'autant qu'il est commandé par une loi plus haute, qui s'impose à la Législature et à laquelle celle-ci ne peut toucher. La notion de Constitution suppose donc essentiellement la distinction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles et la supériorité de celles-ci sur celles-là. A tout le moins, elle suppose que le législateur n'aura pas sur ce qui est constitutionnel, une puissance égale à celle dont il dispose sur ce qui n'est que législatif.

27. — Cette distinction entre les deux sortes de lois se trouve pleinement réalisée, dans les États où le pouvoir de modifier la Constitution est réservé à un organe, corps de citoyens ou Constituante, qui statue comme souverain ou comme représentant du souverain, tandis que la Législature ne fait des lois qu'en qualité de simple autorité, une autorité qui agit bien en vertu de la volonté générale puisqu'elle tient sa compétence de la Constitution où cette volonté souveraine s'est manifestée, mais une autorité qui ne va pas cependant jusqu'à concentrer en elle la volonté générale ni la souveraineté, ce qui fait qu'elle ne pourra légiférer que dans les limites de la compétence qui lui a été octroyée. Dans ce système, où la séparation organique des deux pouvoirs constituant et législatif repose sur le concept initial d'une différence radicale entre le souverain et la Législature, celle-ci non seulement ne peut pas toucher à la Constitution, qui est d'ailleurs

son titre exclusif, mais encore elle sera maintenue dans le respect de la Constitution par l'effet du pouvoir de vérification qu'auront naturellement les juges sur les lois par elle adoptées; et enfin, si elle est admise à proposer des revisions et à y donner ouverture, elle ne sera, en tout cas, pas seule à posséder le droit de provoquer les procédures tendant à introduire des modifications dans la Constitution.

Aucun de ces traits d'une séparation effective entre pouvoir constituant et pouvoir législatif ne se retrouve dans le système revisionniste établi par la Constitution de 1875. Et cela, pour le motif que notre Constitution a suivi le courant d'idées introduit par l'Assemblée constituante de 1789-91, qui n'avait pas voulu distinguer entre volonté nationale et volonté parlementaire. Ce n'est point, d'ailleurs, qu'à cette époque, les éléments de cette distinction aient passé totalement inaperçus : Barnave l'avait signalée à l'Assemblée constituante, en faisant valoir que « la véritable représentation souveraine, générale, indéfinie, n'existe et ne peut exister que dans le corps constituant » (*Archives parlementaires*, séance du 10 août 1791, t. XXIX, p. 331). Toutefois, les fondateurs de notre droit public ne retinrent pas cette idée capitale, que Barnave lui-même n'avait pas soutenue jusqu'au bout, car il avait fini par admettre que « le Corps législatif est (lui aussi) le représentant de la nation, parce qu'il veut pour elle en faisant ses lois » (*ibid.*).

28. — A défaut d'une séparation dualiste entre le souverain, seul capable d'exercer le pouvoir constituant, et le Parlement, envisagé comme autorité constituée pour l'exercice d'une fonction commise, il subsiste une seconde possibilité de maintenir une distinction effective entre lois constitutionnelles et lois ordinaires. Dans certains États, en effet, le Parlement possède à la fois le droit de légiférer et celui de modifier la Constitution par voie d'additions, d'abrogations ou de dérogations, ou encore de substitutions d'un texte nouveau au texte ancien : la Constitution et la législation dépendent donc l'une et l'autre de la puissance parlementaire. Toutefois, elles n'en dépendent pas de la même façon. L'adoption à la majorité des voix, qui suffit pour les lois ordinaires, ne suffit plus pour les lois portant, ouvertement ou implicitement, modification à un texte constitutionnel. C'est ainsi que la Constitution de Weimar (art. 76), tout en commençant par dire que les lois de cette dernière sorte sont faites par la voie de

la législation, exige, pour leur adoption par le Reichstag, d'abord un quorum spécial (présence des deux tiers des membres de l'assemblée), et surtout un vote émis par les deux tiers des membres présents (Cf. Const. 1848, art. 111, qui exigeait, mais seulement pour l'ouverture de la revision, un vœu émis par la Législature « aux trois quarts des suffrages exprimés »). L'exigence de cette majorité qualifiée suffit à établir une différence bien marquée entre lois ordinaires et lois constitutionnelles. La distinction entre les deux sortes de lois ne repose plus, il est vrai, sur le concept d'une séparation absolue entre le souverain et le législateur : elle ne procède plus du principe que la Constitution et sa revision ne peuvent être l'œuvre que d'une volonté d'une essence supérieure à celle de la volonté parlementaire; mais elle prend son fondement simplement dans l'idée que la Constitution doit, à raison de son importance, posséder une stabilité et une force de résistance plus grandes que les lois courantes et que, par suite, le Parlement ne saurait avoir sur elle la même liberté d'action et les mêmes facilités d'amendement que sur la législation habituelle. La Constitution, en vertu de la solidité spéciale qui lui est ainsi conférée, reprend, en une certaine mesure, le caractère d'une loi fondamentale : elle a ce caractère, non plus du fait de son origine, mais en raison de son immutabilité à l'encontre des majorités capables de légiférer.

Ainsi renaît, avec une signification nouvelle, la distinction de ce qui est constitutionnel et de ce qui n'est que législatif. Et, même avec cette signification mitigée, l'on comprend aussitôt que l'exigence d'une majorité spéciale pour l'adoption des lois modifiant la Constitution puisse servir de base solide à l'institution du contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois adoptées par une majorité moindre. Car, si le juge qui rejette une loi de cette dernière sorte comme inconstitutionnelle, ne s'appuie pas, comme en Amérique, sur la subordination de la Législature à un organe distinct et supérieur, celui qui est l'auteur de la Constitution, du moins ce juge fait, en quelque sorte, appel de la majorité simple qui a voté la loi en question, à la majorité spéciale et renforcée qui, selon sa sentence, eût été nécessaire pour l'adoption d'une telle loi portant atteinte au statut fondamental. La différence établie par une Constitution comme celle de Weimar entre deux sortes de majorités parlementaires, l'une qui suffit pour la législation ordinaire, l'autre qui est requise pour les lois modifiant la Constitution, permet, en effet, de soutenir qu'il n'est pas

au pouvoir de la majorité ordinaire de décider par elle seule si un projet législatif nécessite ou non une procédure de modification constitutionnelle. Et par suite, le juge trouve dans un système comme celui de l'article 76 de la Constitution de Weimar la possibilité de s'interposer entre ces deux majorités de puissance inégale. En outre, les facultés de résistance des tribunaux à l'encontre des lois qu'ils jugent inconstitutionnelles, se trouvent pratiquement fortifiées, et par là même logiquement justifiées, du fait qu'une majorité des deux tiers est difficile à réaliser; le refus d'application d'une loi par les tribunaux a donc ici une efficacité qui peut être considérable.

29. — Il en est autrement en France, où, comme nous l'avons vu, l'adoption des lois de revision en Assemblée nationale, aussi bien que celle des lois courantes dans les deux Chambres, dépend, en somme, de la majorité parlementaire ordinaire, c'est-à-dire du fait que les deux majorités simples, soit des députés, soit des sénateurs, sont acquises au projet en délibération. Le juge français ne pourrait donc point, par sa déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi, frapper celle-ci d'une opposition qui suffise à dresser, à l'encontre de la puissance parlementaire, un obstacle difficile à franchir. La Constitution de 1875, qui n'a pas édifié de distinction des deux sortes de lois sur la base américaine d'une séparation essentielle entre organe législatif et organe constituant, n'a pas davantage réalisé cette distinction par le procédé, du genre weimarien, qui consiste, peut-on dire, à dualiser le Parlement, en séparant en lui deux espèces de volontés ou de puissances, l'une qui s'exerce sur la législation ordinaire, l'autre qui est capable de toucher aux lois constitutionnelles.

A la question posée ci-dessus (p. 134) on est donc porté à répondre que la Constitution de 1875, par là même qu'elle ne s'est pas mise au-dessus du pouvoir des majorités parlementaires de qui dépend la législation ordinaire, ne possède pas les forces juridiques qui font qu'un ensemble de règles édictées à titre fondamental mérite véritablement et pleinement le nom de Constitution. En tout cas, les lois dites constitutionnelles de 1875 ne forment, dans leur concision extrême, qu'un cadre organique à l'intérieur duquel nos institutions de droit public ont gardé la possibilité de se mouvoir et de se transformer même, avec une grande liberté, au fur et à mesure que les idées ou les besoins politiques sont, de leur côté, susceptibles d'évoluer. C'est au Parlement,

agissant de concert avec l'opinion publique et d'après les indications fournies par le corps électoral, qu'il appartient de prendre l'initiative de ces transformations et d'en procurer l'avènement.

N'est-ce point pour ce motif même que la Constitution de 1875 a eu une durée inconnue de ses devancières? Elle doit cette longévité, pour une bonne part, à sa souplesse, à sa flexibilité, à la modestie de son contenu. C'est bien à elle que l'on peut appliquer la fable du chêne et du roseau. Conçue à l'image du frêle arbrisseau qui plie et ne rompt pas, elle s'est montrée dans le passé, et elle demeure aujourd'hui encore, prête à s'adapter à maints changements survenant dans le cadre tracé par ses auteurs. A défaut de rigidité et parmi toutes ses insuffisances, elle a bénéficié ainsi d'une sorte de solidité qui a aussi son prix, de la solidité qui consiste à durer.

CHAPITRE IV

DU FONDEMENT JURIDIQUE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA LOI SELON LE DROIT PUBLIC FRANÇAIS ACTUEL

---

1. — Plus on avance dans l'examen des institutions relatives à la création de la législation, plus on découvre de nouvelles raisons de penser que la volonté législative du Parlement est traitée, de nos jours, comme adéquate à la volonté générale. C'est ainsi que le concept de la loi expression de la volonté commune du corps national semble seul capable de fournir l'explication d'une particularité, qui mérite grandement de retenir l'attention et qui consiste en ceci que la confection des lois ne s'accompagne, ni au moment de leur adoption parlementaire, ni à la suite de cette adoption, d'aucun commandement destiné à faire naître à la charge des personnes qu'elles doivent lier, l'obligation de se conformer à leurs prescriptions.

Ce fait est d'autant plus digne de remarque qu'il est relativement récent. On connaît les formules impératives par lesquelles la royauté absolue d'avant 1789 imposait ses prescriptions régulatrices et qui avaient valu à celles-ci le nom significatif d'Ordonnances : « *Nous avons ordonné et ordonnons par les présentes* » ; « *Nous voulons* » ; « *Si donnons en mandement* » ; « *Car tel est notre plaisir* » : formules qui marquaient hautement l'ordre contenu dans la loi, ainsi que le fondement autoritaire que la loi prenait alors dans la puissance de volonté dominatrice du monarque. Le même langage se retrouve dans la formule promulgatoire qui a été en usage au temps de la Restauration et qui contenait implicitement la sanction royale; le roi y édictait deux ordres, dont l'un s'adressait aux particuliers, l'autre aux autorités publiques : « *Nous avons ordonné et ordonnons ce qui suit* : (Texte de la loi).

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État. Voulons en conséquence qu'elle soit gardée et observée dans tout notre royaume. Si donnons en mandement à nos cours et tribunaux, préfets, corps administratifs et tous autres, que les présentes ils gardent et maintiennent... Car tel est notre plaisir. »

Dans les diverses formules promulgatoires qui se sont succédé chez nous depuis 1791, l'on rencontre pareillement un commandement adressé, sinon aux citoyens, du moins aux agents de l'Exécutif et aux corps judiciaires, et qui leur ordonne d'observer et de faire observer la loi formant l'objet de la promulgation. La Constitution de 1791 (tit. III, ch. IV, sect. 1re, art. 3) disait à ce sujet : « La promulgation sera ainsi conçue : « *N., Roi des Français..., Mandons et ordonnons à tous les corps administratifs et tribunaux que les présentes ils fassent exécuter comme loi du royaume.* » D'après la Constitution de l'an III (art. 130) : « La publication de la loi et des actes du Corps législatif sera ordonnée en la forme suivante : « *Au nom de la République française..., le Directoire ordonne que la loi ou l'acte législatif ci-dessus sera publié, exécuté...* ». Le sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII prescrit en son article 140 : « La promulgation est ainsi conçue : « *N., Empereur des Français..., Mandons et ordonnons que les présentes soient adressées aux cours, aux tribunaux et aux autorités administratives, pour qu'ils les observent et les fassent observer.* » Sous la Charte de 1830, la promulgation énonce pareillement un mandement adressé à toutes autorités et qui leur donne l'ordre de « *faire garder, observer et maintenir* » la loi promulguée. Même langage dans les formules promulgatoires établies, sous le Second Empire, par les décrets du 2 décembre 1852 et du 21 mai 1870. Seules, les Constitutions de 1793 et de 1848 font exception. Celle de 1793 (art. 61) ne parlait pas de promulgation et instituait seulement un « intitulé », qui était ainsi libellé : « *Au nom du peuple français, l'an... de la République française.* » La Constitution de 1848 (art. 56) se bornait à dire : « *Le Président de la République promulgue les lois au nom du peuple français.* » La formule promulgatoire mise en usage sous la deuxième République ne contenait pas d'autre ordre que celui de publier la loi.

2. — On s'explique par ces pratiques traditionnelles et par la série des formules impératives qui viennent d'être rappelées, que la doctrine ait pris, de son côté, l'habitude de voir essentiellement dans la loi un acte de commandement, intimé à tous ceux qui

devront la faire exécuter comme fonctionnaires ou lui obéir comme citoyens. En Allemagne notamment, il s'était établi sur ce point une théorie célèbre, qui y a régné jusqu'à 1918 d'une façon prépondérante, sinon exclusive, et qui décomposait la confection de la loi en deux opérations distinctes : d'une part, la fixation du contenu de la loi (*Gesetzesinhalt*) ou adoption de son dispositif; et, d'autre part, l'émission du commandement législatif (*Gesetzesbefehl*), qui imprime à ce dispositif la force impérative et obligatoire de loi. D'après cette analyse, le Gesetzesbefehl était même l'acte spécifique de puissance législative, car lui seul transformait le texte élaboré dans un but législatif en prescription pourvue d'effet créateur d'obligation. Or, selon la doctrine monarchique des auteurs allemands, le commandement législatif était émis par le monarque dans la sanction, par laquelle celui-ci était appelé à parfaire la loi; quant aux Chambres, leur rôle se bornait, dès lors, à délibérer sur le texte de la loi et à en arrêter le dispositif. Tout au plus, certains auteurs, s'appuyant sur le fait que le monarque ne pouvait sanctionner que des lois qui eussent obtenu au préalable l'adoption parlementaire, soutenaient-ils que, par cette adoption, le Landtag autorisait la personne royale à procéder à la sanction : le roi n'en restait pas moins, en définitive, le véritable législateur, parce qu'il était seul l'auteur du commandement législatif. Ainsi, non seulement les partisans très nombreux que comptait cette théorie en Allemagne, ne concevaient pas que la loi pût devenir parfaite sans un commandement destiné à donner à son contenu la force législative; mais encore ce commandement, qui formait l'objet spécial de la sanction, était présenté par eux comme le point central et capital de toute la procédure législative : si bien, concluaient-ils, que tout ce qui, dans cette procédure, précède la sanction, n'est que la préparation de cette dernière, laquelle apparaît finalement comme l'acte suprême et décisif de volonté et de puissance législatives.

3. — A supposer que cette analyse du pouvoir législatif ait été justifiée en Allemagne au temps des monarchies d'avant 1918 ou qu'elle ait été conforme, en France, aux conditions dans lesquelles les lois étaient sanctionnées par le chef de l'État à l'époque des Chartes, il est manifeste qu'elle ne peut plus trouver son application dans le régime de puissance législative établi par la Constitution de 1875. D'une part, l'institution de la sanction, à laquelle

s'appuyait la théorie allemande du Gesetzesbefehl, fait totalement défaut dans le droit public français actuel : il n'existe point, au-dessus de nos Chambres, d'organe qui puisse intervenir, à un titre quelconque, pour parfaire les lois par elles adoptées; et il est clair que l'on ne saurait davantage parler d'une sanction législative émanant des Chambres elles-mêmes; car l'on ne conçoit pas qu'un organe quelconque puisse sanctionner ses propres actes; une telle sanction n'aurait pas de sens. D'autre part, il convient de remarquer que le pouvoir législatif du Parlement ne s'exerce pas sous la forme d'injonctions proprement dites. Sans doute, le dispositif adopté législativement par les Chambres contient, sinon toujours, du moins le plus souvent, des prescriptions qui déterminent la conduite que devront tenir les particuliers ou les agents de l'État et qui, par suite, engendrent pour eux des devoirs d'action ou d'abstention. En ce sens, il demeure toujours vrai de dire, comme à Rome : *Lex jubet, vetat, prohibet.* Sans doute aussi, les textes adoptés par les Chambres à l'effet de régler le statut juridique des citoyens ou la gestion intérieure des services administratifs ont, en raison de leur force législative, la vertu de soumettre et de lier aux prescriptions qu'ils formulent, soit les fonctionnaires, soit les particuliers. Il n'en est que plus remarquable de constater que ce résultat se trouve obtenu, sans qu'il y ait eu, à aucun moment, de la part du législateur, un commandement exprès, adressé à ceux-ci ou à ceux-là. C'est là précisément le point qu'il importe de relever. Fonctionnaires et citoyens se trouvent atteints par les prescriptions de la loi et sont tenus de se conformer à la règle de droit instituée par elle, sans que, dans la procédure de création de cette règle, il y ait eu émission, en forme perceptible, d'un ordre par lequel le Parlement leur ait imposé le devoir d'obéir à sa volonté supérieure et d'observer les dispositions de la loi qui est son œuvre. Ces dispositions ont bien une valeur impérative en vertu de leur force obligatoire : mais on ne peut pas dire qu'elles doivent cette force à une injonction catégorique, qui leur aurait imprimé leur caractère impératif.

4. — Ainsi, à la différence de ce qui se passait jadis dans les régimes monarchiques de sanction des lois, l'organe législatif ne procède plus par voie de commandement. Contrairement à la théorie du Gesetzesbefehl, le pouvoir législatif dont parle l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février consiste simple-

ment, pour les Chambres, à arrêter les termes et à prononcer l'adoption d'un texte, qui, du seul fait de cette adoption, entre dans le corps des règles constituant la législation en vigueur. Le Parlement n'est organe législatif de la nation que pour les besoins de la recherche et de la détermination des règles destinées à devenir lois. En cela, d'ailleurs, on ne saurait nier qu'il ne fasse acte de puissance : sa puissance est faite de ce que lui seul détient statutairement la capacité organique d'adopter ces règles. Il n'y a certes aucune comparaison possible entre la décision des Chambres votant un texte législatif et les résolutions d'un comité de juristes se prononçant en faveur d'un projet de réglementation législative : quels que soient les mérites intrinsèques de ce projet, la rédaction et les suffrages que lui donnent ses auteurs n'ont que la valeur d'une opinion ou d'une suggestion privée. L'acte législatif parlementaire, au contraire, apparaît comme l'œuvre d'un organe jouissant, à l'effet de créer la teneur des lois, du monopole d'un pouvoir spécial, et, en ce sens, il s'affirme comme un acte de puissance d'État. Il y a donc bien en lui quelque chose d'autoritaire. Toutefois, comme les Chambres n'ajoutent pas au dispositif adopté par elles de commandement formel, enjoignant à ceux que ce dispositif concerne d'avoir à en observer ou à en faire exécuter le contenu, l'on ne peut pas dire de leur acte législatif qu'il prenne l'aspect ou la teneur d'un ordre d'obéissance adressé à des sujets.

5. — Ce n'est donc pas du côté des Chambres que l'on pourrait trouver des éléments justificatifs en faveur de la théorie qui soutient que l'acte législatif implique un ordre. Sous le nom de pouvoir législatif, les Chambres n'exercent, à vrai dire, qu'un pouvoir délibérant. Cela est si vrai que les auteurs qui restent attachés à l'idée traditionnelle de la loi-commandement, ont dû prendre le parti de chercher ce commandement ailleurs que dans les manifestations parlementaires qui entourent la confection des lois. Se tournant du côté de l'Exécutif, ils ont cru pouvoir affirmer que l'ordre de soumission à la loi se trouve contenu dans la promulgation, par laquelle, disent-ils, le Président de la République donne à la loi sa force exécutoire. Cette façon d'envisager la promulgation s'est accréditée naguère, à la faveur de l'équivoque suscitée par le langage de l'article 1er du Code civil, qui dit : « Les lois sont exécutoires *en vertu de* la promulgation. » On s'est donc servi de ce texte pour soutenir que la promulgation aurait pour

l'un de ses objets essentiels d'ajouter à la loi la force impérative, sans laquelle elle ne saurait prétendre être obéie. La promulgation, par suite, s'analyserait, sous ce rapport, en un acte de commandement, dans la pleine acception de ce dernier mot. Tout au moins, l'on a soutenu que, par le décret promulgatoire, le Président de la République donne aux agents exécutifs, et en particulier aux agents de la force publique, l'ordre de procurer l'exécution de la loi. Certains auteurs ont même fait valoir, en ce sens, un argument tiré de la séparation des pouvoirs : car, ont-ils dit, il résulte de cette séparation que les agents exécutifs n'ont à obéir qu'à leur chef, le Président de la République, en sorte qu'à défaut d'un ordre positif venu de celui-ci, ils n'auraient pas à tenir compte des votes législatifs des Chambres, ni par conséquent à procéder à l'exécution des lois. Finalement, ce serait de cet ordre présidentiel que naît la force obligatoire des lois. Elle en naît, a-t-on ajouté, par un détour : en enjoignant aux agents de la force publique de faire exécuter la loi, la promulgation crée, en vue de cette exécution, une possibilité de contrainte, qui a pour effet d'obliger les citoyens à l'observation des prescriptions émises par le législateur; elle confère ainsi à ces prescriptions la vertu obligatoire, que le vote des Chambres n'avait pas suffi à leur assurer.

6. — S'il était vrai que la force exécutoire des lois sort d'un commandement qui a son siège dans leur promulgation, il faudrait aussitôt en déduire qu'en promulguant la loi, le chef de l'Exécutif participe à la puissance législative; et quelques-uns de nos auteurs n'ont pas craint d'aller jusque-là. Bien plus, par ce commandement qui transformerait le texte adopté par les Chambres en prescription impérative et obligatoire, le Président de la République apparaîtrait, conformément à la théorie allemande du Gesetzesbefehl, comme accomplissant l'acte suprême de législation et comme exerçant ainsi la puissance législative à son degré le plus haut. Cette déduction même suffit, à elle seule, à prouver que la promulgation ne peut pas avoir la signification que lui prête la doctrine qui vient d'être rappelée : car l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février spécifie que le pouvoir législatif a pour titulaire exclusif le Parlement.

Le même enseignement ressort bien clairement des termes de la formule actuelle des décrets promulgatoires, telle qu'elle a été fixée par le décret du 6 avril 1876. Cette formule est ainsi conçue :

« *Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté, le Président de la République promulgue, la loi dont la teneur suit :* (Texte de la loi). *La présente loi, délibérée et adoptée par le Sénat et la Chambre des députés, sera exécutée comme loi de l'État.* » Il est impossible de découvrir dans ce langage présidentiel quoi que ce soit d'impératif. Le Président se borne à constater et à attester la naissance de la loi, laquelle est due à l'adoption par les Chambres : il certifie donc l'existence de cette loi et il en authentique le texte; tout ceci répondant simplement au besoin de mettre hors de doute et au-dessus de toute contestation, soit la formation complète, soit la teneur de la loi. Même la finale relative à l'exécution de la loi n'a rien d'un ordre d'exécution et ne ressemble plus du tout aux mandements contenus dans les formules promulgatoires de jadis. On s'en rend bien compte, lorsqu'on la compare avec la formule exécutoire apposée aux jugements et aux autres actes susceptibles d'exécution forcée. Cette dernière est, d'après le décret du 2 septembre 1871, libellée dans les termes suivants : « Le Président de la République mande et ordonne à tous huissiers sur ce requis de mettre ledit jugement à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique d'y prêter main-forte, lorsqu'ils en seront légalement requis. » Voilà bien, cette fois, des paroles de commandement. Dans le cas de la formule promulgatoire appliquée aux lois, le Président s'exprime tout différemment : il dit bien que la loi « sera » exécutée; mais ces expressions ne constituent plus un ordre. Elles ne font que constater et affirmer un fait, le fait que la loi dont il est fait promulgation remplit les conditions qui vont lui permettre désormais d'entrer en exécution.

Au surplus, comment pourrait-on songer à admettre que les prescriptions édictées par les lois tirent leur force législative de la volonté ou de la puissance présidentielle? Sur ce point, la finale précitée exclut toute équivoque : car elle prend soin — en répétant pour la seconde fois l'énonciation émise au début du décret promulgatoire — de rapporter l'aptitude de la loi à recevoir exécution au fait que cette loi a été « adoptée par le Sénat et la Chambre des députés »; par là, le décret de promulgation marque, avec toute la netteté désirable, que ce n'est point le Président qui communique à la loi les forces en vertu desquelles elle a droit à être exécutée, mais que ces forces lui viennent uniquement de son adoption par les Chambres. Il est donc manifeste que

ce n'est pas la promulgation présidentielle qui infuse à la loi sa force exécutoire, pas plus d'ailleurs qu'elle ne lui apporte aucune autre force nouvelle. Mais il faut conclure de l'examen de la formule promulgatoire que le décret de promulgation a simplement pour effet, en attestant la perfection de la loi, perfection qui résulte du vote parlementaire, d'ouvrir la période d'exécution, c'est-à-dire de préciser le moment à partir duquel les forces que possède la loi du fait de son adoption parlementaire et qui, jusque-là, étaient demeurées immobiles, commenceront à entrer en mouvement. En un mot, il faut entendre l'article 1er du Code civil en ce sens que les lois sont exécutoires, non point vraiment « en vertu », mais à la suite et à dater de la promulgation. Toutes ces vérités, longtemps méconnues, ont fini par se faire jour dans la littérature récente. Maints auteurs professent aujourd'hui que, si la promulgation est la condition de l'entrée en exécution des lois, elle n'est point la cause génératrice des forces en vertu desquelles l'acte législatif devient exécutoire.

7. — Après les constatations qui viennent d'être recueillies, nous voici bien loin de la théorie qui voyait dans le commandement législatif le point culminant et l'élément essentiel de l'œuvre de la législation. Pas plus dans la promulgation que dans l'adoption parlementaire des lois, on ne retrouve de traces des anciennes injonctions adressées aux personnes publiques ou privées que la loi doit obliger. Dans la réalité actuelle des faits, il suffit que les Chambres aient décidé l'adoption d'un texte pour que leur œuvre législative soit parfaite, au point de vue des effets obligatoires qu'elle est destinée à produire. D'où vient cette disparition du commandement législatif? A défaut de tout commandement, comment se fait-il que citoyens et fonctionnaires soient aujourd'hui liés à la loi et tenus de s'y conformer? Quel est le fondement juridique de l'obligation d'obéir aux lois?

La réponse à ces questions va de soi, dès que l'on remonte au principe dégagé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, qui définissait la loi l'expression de la volonté générale, et cela par la raison que, dans l'assemblée des députés représentative de la nation, les citoyens eux-mêmes, tous les citoyens, en tant que membres constitutifs de la nation, se trouvent représentés et participent ainsi à la confection des lois. Il est clair qu'une fois ce concept admis comme point de départ, l'institution du commandement législatif était vouée à disparaître. Il n'y avait plus place

pour elle : car l'on ne se donne pas d'ordres à soi-même. Le peuple et les citoyens dont il est composé, quand ils se donnent, par l'intermédiaire de leur organe représentatif, leurs lois de toutes sortes, constitutionnelles ou ordinaires, ne peuvent point être considérés comme s'adressant un commandement. C'est là une vérité élémentaire, qui a été reconnue à propos d'autres hypothèses multiples, où l'on voit des obligations naître sans qu'il se soit produit de commandement. On ne peut pas dire, par exemple, que la partie qui a contracté avec autrui, se trouve obligée en vertu d'un ordre qu'elle se serait personnellement imposé. Un chef de maison ou d'établissement, qui fait un règlement pour le train de vie de sa maison ou le fonctionnement intérieur de son établissement, ne se donne pas davantage une injonction. Nos Chambres, quand elles fixent leur règlement respectif pour la marche de leurs travaux, ne font pas non plus acte de commandement sur elles-mêmes. On commande à autrui, et surtout on commande à des sujets. Mais, quand on se trace à soi-même sa propre règle de conduite, on ne se lie point par un ordre impératif : la preuve en est qu'on reste maître de changer les dispositions qu'on avait d'abord adoptées.

Du moment donc qu'il est posé en principe que, par les assemblées parlementaires, c'est le corps des citoyens qui veut et qui statue, l'on n'aperçoit plus comment la Législature pourrait encore édicter les lois par voie impérative et à titre de commandements. Dans ce concept qui exclut la théorie du Gesetzesbefehl, la puissance du Parlement ne peut porter que sur le texte à adopter; et ce texte, après son adoption, n'a pour source de sa force législative que la volonté générale elle-même, par représentation de laquelle il a été adopté; en sorte qu'il ne peut être question logiquement pour le Parlement d'en commander l'observation aux citoyens, comme s'il était l'expression d'une volonté autre que la leur. A plus forte raison, serait-il impossible de concevoir que la force obligatoire des lois soit subordonnée à une injonction venue de l'Exécutif : moins encore que les assemblées représentatives, l'Exécutif peut prétendre ajouter par ses ordres un supplément quelconque de valeur à des lois qui passent pour être l'expression de la volonté populaire, c'est-à-dire l'œuvre du souverain lui-même. La notion d'ordre législatif avait sa raison d'être, au temps où la puissance étatique avait son siège dans la personne du monarque et où la loi tirait sa force obligatoire de la volonté royale : la loi, alors, était l'œuvre du prince, exerçant

sa puissance et sa volonté impérative sur ses sujets. De là les anciennes formules de sanction ou promulgation, s'exprimant au moyen de commandements. La doctrine allemande de l'ordre législatif correspondait pareillement à ces concepts monarchiques. Mais, actuellement, c'est un anachronisme que de vouloir maintenir la notion de commandement législatif à l'égard de lois faites par un Parlement qui énonce la volonté nationale elle-même. Cette notion est devenue impossible à construire, attendu que l'on ne voit pas comment la nation souveraine, quand elle légifère par son organe parlementaire, pourrait se parler à elle-même sur le ton du commandement.

8. — On s'explique ainsi, quant à la nation prise dans son ensemble, que la pratique du commandement législatif ait été en s'affaiblissant et ait fini actuellement par s'évanouir. Mais l'idée de commandement législatif ne garde-t-elle pas encore un rôle à jouer et ne doit-elle pas continuer à intervenir dans les rapports entre le législateur, organe de la collectivité nationale, et les membres individuels de cette collectivité? Pas davantage. Sans doute, la Révolution, en déclarant la souveraineté nationale indivisible (Const. 1791, tit. III, préamb., art. 1er), a précisé que le pouvoir souverain réside dans le corps de la nation, envisagé, lui aussi, comme unité indécomposable : la souveraineté est dans le tout, et non dans les parties. On pourrait donc être tenté de penser que le principe de souveraineté nationale laisse subsister la possibilité d'un rapport de puissance et, par conséquent, de commandement, entre la nation et ses membres composants : la notion de commandement législatif retrouverait ainsi la possibilité de s'appliquer à l'égard des nationaux pris *ut singuli*. Toutefois, il faut se souvenir que, d'après le concept de la nation dégagé en 1789, celle-ci est une universalité de citoyens : elle n'a pour éléments constitutifs que les nationaux. D'où la conséquence que le principe de l'unité et de l'indivisibilité nationales, si fortement établi soit-il, ne va pas jusqu'à permettre de regarder les nationaux comme étant, vis-à-vis de la nation, des tiers au sens complet de ce mot. En tant que faisant partie intégrante de la nation, les citoyens, à leur tour, ne sauraient donc être traités juridiquement comme étrangers à la confection des actes législatifs que la nation accomplit par son organe représentatif, le Parlement. C'est bien ce qu'exprimait la Déclaration de 1789, lorsqu'elle affirmait, en son article 6, que, par l'effet de la représentation nationale qui

s'exerce dans l'assemblée des députés, « tous les citoyens » se trouvent mis en état de « concourir à la formation de la loi », laquelle pouvait ainsi être définie par ce même texte « l'expression de la volonté générale ». Dans ces conditions, les membres individuels du corps national ne se prêtent pas plus que la nation entière à la possibilité d'un commandement législatif. L'idée de puissance dominatrice et de législation impérative peut bien se concevoir à l'égard de l'étranger qui se trouve sur le sol étatique d'une nation dont il n'est pas membre. Quant aux citoyens, les lois qui les régissent ne sont pas susceptibles d'être envisagées comme des manifestations d'une puissance de commandement extérieure à eux. Encore que la loi ne soit, en fait, que l'œuvre d'une majorité, elle se présente, en droit, comme le produit de la volonté générale, et cela non pas seulement en un sens idéal ou fictif, mais par des raisons tirées de réalités juridiques, à savoir pour ce motif réel que le législateur de qui elle émane, est, par définition juridique, l'organe d'une collectivité qui n'est pas autre chose que la totalité des citoyens eux-mêmes.

9. — La possibilité d'un commandement effectif exercé du chef de la loi ne commence à réapparaître qu'après l'entrée en exécution de celle-ci : elle refait alors son apparition, au regard de ceux des citoyens qui ne se conforment point à une prescription législative. Par cette méconnaissance de la loi qui avait été adoptée au nom de tous les nationaux et comme règle de conduite commune à tous, le citoyen se met, en quelque sorte, en dehors de la communauté : il va pouvoir être traité, pour ce motif, comme le serait un étranger; il tombera sous le coup de la puissance nationale, qui, du fait qu'il a essayé de se soustraire à la règle commune contenue dans la loi, redevient, par rapport à lui, une puissance extérieure. On verra alors la nation recourir à sa force dominatrice : celle-ci s'exercera par les agents chargés de l'exécution des lois. Les procédés de commandement et de coercition, qui n'avaient pas été mis en œuvre par le législateur, renfermé dans une fonction de simple délibération et se bornant à chercher la formule de la volonté générale, commenceront à se manifester de la part de l'autorité exécutive, armée, celle-ci, du pouvoir d'imposer des injonctions véritables.

Un de nos auteurs a même cru pouvoir tirer argument de cet état de choses pour soutenir que, dans la hiérarchie organique établie depuis 1875, l'Exécutif possède sur le législateur une réelle

« primauté » ; car l'Exécutif commande, tandis que le législateur ne fait qu'adopter des textes législatifs. On pourrait rappeler, dans le même sens, que la terminologie romaine : *lex*, *imperium*, *jurisdictio*, ne faisait ressortir expressément l'idée de puissance impérative qu'en ce qui concerne l'activité du magistrat. Toutefois, il n'est vraiment pas possible d'accepter, pour le droit public français actuel, une doctrine qui prétend mettre l'Exécutif au-dessus du législateur. Une telle doctrine est inacceptable, notamment en tant qu'elle implique que la loi tirerait les forces qui la rendent obligatoire de la puissance de l'Exécutif. Autant dire qu'en définitive, la puissance étatique de la nation elle-même n'est faite que de celle des agents d'exécution. Ce renversement des rôles et des pouvoirs, dans les rapports entre Parlement et Exécutif, est interdit par la terminologie constitutionnelle, à elle seule. L'expression « exécuter les lois » suffit à marquer que ce n'est point l'autorité tenue de procurer cette exécution qui valorise la loi en lui conférant sa vertu de prescription obligeant les nationaux. Les agents exécutifs font exécuter la loi, en raison de ce qu'elle est obligatoire, et non point parce qu'il dépend d'eux de la rendre telle. Il faut bien, en tout cas, que la loi ait, dès avant leur intervention exécutive, force obligatoire vis-à-vis d'eux-mêmes, puisqu'ils sont tenus du devoir de la mettre à exécution.

Tout ceci revient à dire que, lorsque l'autorité exécutive exerce son activité par voie d'injonctions adressées, en vertu des lois, aux particuliers ou aux fonctionnaires, il n'entre dans ces injonctions rien qui ait la nature d'un commandement législatif. Cette autorité peut bien commander à ceux qui relèvent d'elle : mais, ce qu'elle leur commande, c'est uniquement de remplir les obligations qui découlent pour eux de la législation en vigueur ; elle n'a donc point à ajouter son propre commandement aux prescriptions adoptées par le législateur, pour faire naître en celles-ci leurs vertus obligatoires. Bien loin de faire sur la loi elle-même acte de commandement, elle doit pourvoir à son exécution : ce qui signifie qu'elle opère au service de la loi et qu'elle agit comme servante de cette dernière. C'est bien le cas de dire — avec l'école de la *Stufentheorie* — que, si l'Exécutif commande à ceux qui sont placés au-dessous de lui, il fait œuvre de soumission par rapport à la loi qui le domine et en exécution de laquelle il agit ; on pourrait exprimer la même notion en disant qu'il commande par obéissance aux lois. Même dans le cas où l'Exécutif use de larges habilitations qu'il a reçues d'un texte législatif, il demeurerait

inexact de soutenir que les prescriptions par lui édictées vivifient la loi qui, sans fixer elle-même les mesures à prendre, s'est contentée de lui donner pouvoir à cet effet : car, même en ce cas, les prescriptions émises par l'autorité exécutive ne valent que par leur fondement de légalité, elles restent des prescriptions « légales », ainsi qu'il a été observé précédemment (p. 33 et s.); et ce mot de légalité donne clairement à entendre qu'ici comme ailleurs, ce n'est pas l'Exécutif qui par ses actes vivifie la loi d'habilitation, mais bien au contraire cette loi qui a par avance vivifié, en les légalisant, les actes à intervenir en exécution de ses dispositions. Concluons donc que, quelles que soient les facultés de réglementation, de sommation ou de contrainte, dont ses agents disposent, ce serait fausser le rôle de l'Exécutif et dénaturer son pouvoir que de le présenter comme étant, par une primauté quelconque sur le législateur, l'auteur de forces obligatoires que la loi tire uniquement de son adoption par les Chambres.

10. — Des observations qui viennent d'être présentées, il résulte que plus on s'efforce de préciser le fondement autoritaire de la loi, plus l'idée de commandement législatif se dérobe et apparaît comme exclue par les institutions positives du droit public contemporain. N'est-ce point là la preuve qu'il est devenu nécessaire de chercher ailleurs que dans cette idée traditionnelle la solution du problème du fondement juridique de la force obligatoire des lois? Les termes de ce problème sont les suivants : D'une part, ni le législateur, ni l'autorité qui promulgue la loi, ne prononcent des paroles de commandement. Et pourtant, il est avéré, d'autre part, qu'à partir du moment où la promulgation dûment publiée a fait entrer la loi dans sa phase d'exécution, les fonctionnaires et les particuliers se trouvent soumis à ses dispositions et sont tenus de s'y conformer. Comment expliquer cette obligation qui prend naissance spontanément?

Ce phénomène semble ne comporter qu'une seule explication. Il faut en chercher la cause dans les rapports de liaison qui unissent soit les citoyens, soit les autorités étatiques, au législateur. Ces rapports sont de nature telle que la règle adoptée par le législateur oblige d'emblée ceux qu'elle est appelée à régir, comme si ceux-ci avaient eux-mêmes concouru à son adoption. Pour qu'il en soit ainsi, il faut nécessairement supposer que l'acte fait par l'organe législatif est traité juridiquement comme une œuvre collective, qui n'est pas propre seulement à l'auteur effectif de la loi,

mais qui, émanant d'un organe érigé en représentant de la nation souveraine, vaut comme l'œuvre de la nation entière et, par suite aussi, de tous ceux que la nation englobe dans son unité organisée. Tel est aussi, croyons-nous, le fondement véritable de la force obligatoire qui s'attache spontanément à la loi.

11. — En ce qui concerne, d'abord, les fonctionnaires de l'ordre exécutif et les tribunaux, le fait qu'ils sont tenus, en dehors de tout commandement à eux adressé, d'appliquer les lois adoptées par le Parlement ou d'en procurer l'exécution, trouve déjà son explication dans les idées générales qui forment la base du système moderne de l'organe d'État. Parmi ces idées, l'une des principales, c'est que le personnage ou corps qui opère en qualité d'organe, n'a point, comme tel, de personnalité distincte de celle de l'être collectif pour qui il agit : il ne fait qu'un avec celui-ci. Il suit de là que ce qui est décidé ou accompli par un organe national, agissant dans les limites de sa compétence statutaire, doit être traité comme une décision ou un acte de la nation elle-même. Par ce motif, les autres organes nationaux ne sauraient se dispenser d'en tenir compte, attendu qu'ils se trouvent, eux aussi, avec la nation dans une relation juridique d'unité. Il en est ainsi, à plus forte raison, dans un système organique qui repose sur l'idée que le Parlement est le représentant direct et spécial de la collectivité nationale : dans le concept qui fait de la loi, en raison de son origine parlementaire, l'expression même de la volonté de la nation souveraine, il va de soi que les autorités exécutives ou juridictionnelles seront liées immédiatement par le seul fait des votes législatifs des Chambres.

Il n'est donc pas possible de souscrire à la doctrine — rappelée plus haut (p. 146) — qui se prévaut de la séparation des pouvoirs pour soutenir que les agents exécutifs ne sont tenus de faire exécuter les lois votées par les Chambres qu'en vertu de l'ordre qui leur est donné à cet effet par leur chef respectif, le Président de la République, dans la promulgation. Contre cette thèse les objections abondent. D'abord, nous savons que la promulgation ne contient aucun ordre, pas plus pour les fonctionnaires que pour les citoyens. Secondement, l'argument tiré de la séparation des pouvoirs à l'égard des agents exécutifs ne peut pas s'appliquer aux tribunaux : car ceux-ci n'ont pas le Président de la République pour chef et n'ont point d'ordre à recevoir de lui. Mais surtout, la thèse en question a le tort de méconnaître le principe unitaire

qui est à la base de l'organisation étatique de la nation : par une interprétation abusive de la séparation des pouvoirs, les défenseurs de cette thèse raisonnent comme si les trois sortes de titulaires des pouvoirs étaient des tiers, les uns par rapport aux autres, en sorte que l'acte législatif du Parlement demeurerait inopérant à l'égard de l'Exécutif et des tribunaux, pour qui il serait *res inter alios acta*. C'est là une vue foncièrement fausse. L'organe ne forme pas une personne différente de la corporation pour le compte de qui il exerce son activité. Par le Parlement, c'est — comme le disaient les hommes de la Révolution — la nation elle-même qui veut et statue. Or, les autorités exécutives et juridictionnelles se trouvent, de leur côté, rattachées à la nation par un lien unifiant, qui, sans doute, ne va pas jusqu'à la représentation (V. p. 21, *supra*), mais qui est, du moins, un lien de coordination. Il en résulte que la loi adoptée par le Parlement oblige directement ces autorités, de la même façon que si son adoption était leur propre ouvrage. On concevrait d'autant moins une indépendance ou une extranéité des agents exécutifs ou des tribunaux vis-à-vis de la loi adoptée par le Parlement que celui-ci ajoute à sa qualité d'organe national la supériorité de puissance qu'il tire de son caractère de représentation nationale : une puissance qui fait de lui l'égal du souverain, alors qu'Exécutif et tribunaux ne sont, dans leurs rapports de liaison avec la nation, que de simples autorités. Enfin, ce qui achève de prouver que l'adoption d'une loi par les Chambres a, par elle seule, une vertu qui suffit à obliger immédiatement les diverses autorités publiques, c'est qu'elle a pour effet de s'imposer obligatoirement au Président de la République, à la charge de qui elle fait naître le devoir juridique de la promulgation. Si l'adoption parlementaire est capable d'obliger le Président à promulguer les lois, elle doit tout aussi bien, et sans qu'il soit davantage émis à cet effet un commandement spécial, obliger les fonctionnaires à les exécuter et les tribunaux à les appliquer.

12. — Ce sont des raisons du même ordre qui font que les citoyens, à leur tour, sont liés à la loi, dès qu'elle est sortie, adoptée, des délibérations des assemblées parlementaires. Si, en effet, l'usage ancien du commandement législatif a disparu de nos pratiques actuelles, ce ne peut être que par suite de l'influence prépondérante qu'a prise, dans notre droit public, le concept qui voit, dans ces assemblées, non pas seulement une émanation de la communauté des citoyens par qui elles sont élues, mais encore la

représentation effective de cette communauté, envisagée tant dans son ensemble global que dans les membres individuels en qui elle prend sa consistance. Une fois ce concept admis, il faut logiquement en déduire que, derrière le législateur, par qui la nation se donne les règles qui formeront ses lois, il n'y a pas seulement la collectivité nationale en tant qu'universalité compacte et indivisible, mais il y a aussi les membres composants de cette universalité. Ceux-ci se trouvent, comme tels, « représentés » eux-mêmes à l'acte législatif fait par le Parlement, ainsi que le spécifiait la Déclaration de 1789. Ils ne peuvent donc point être considérés comme des tiers par rapport à cet acte ; mais, par l'effet d'une telle représentation, ils se trouvent associés à la confection de la loi, et chacun d'eux, pris individuellement, va, dès lors, être traité comme ayant été partie à son adoption. En sorte que le droit public positif n'essayera plus de maintenir, quant à eux, l'institution du commandement législatif. La pratique de ce commandement serait inconciliable avec le concept qui fonde la force obligatoire des lois et la notion de loi elle-même sur l'idée initiale que la loi est l'expression représentative d'une volonté nationale qui est celle des membres mêmes de la nation. On remarquera, en passant, que cette même idée fournit une base nouvelle, ou, du moins, un élément de justification supplémentaire, au principe traditionnel : Nul n'est censé ignorer la loi.

13. — C'est par application de ces conceptions que l'institution du commandement législatif avait déjà été mise de côté par les Constitutions de 1793 et de 1848 (V. p. 142, *supra*). Aujourd'hui, la disparition de tous vestiges d'un pareil commandement, parmi les pratiques relatives à la confection et à la mise en vigueur des lois, ne peut qu'ajouter un nouvel argument, des plus significatifs, à tous ceux déjà recueillis au cours de cette étude, qui tendent à démontrer l'ascendant et la place maîtresse qu'a fini par prendre, dans notre droit public, la maxime révolutionnaire de la loi expression de la volonté générale. A leur insu peut-être, mais par une série de traits dont la portée ne peut faire doute, les auteurs de notre Constitution ont consacré cette maxime : ils l'ont consacrée, en acceptant ses conséquences, des conséquences qu'elle seule était capable de produire. En ce qui concerne notamment la force obligatoire des lois, on peut bien dire que notre droit public se trouve actuellement modelé sur la doctrine de Rousseau, lequel avait écrit en son *Contrat social* : « Il ne

faut pas demander comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés » (liv. II, ch. 6); et encore : « Le citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui » (liv. IV, ch. 2). Par là, Rousseau donnait à entendre qu'après l'adoption de la loi, les nationaux sont soumis à son dispositif, non comme des « sujets » (*ibid.*, liv. I, ch. 6), à qui serait imposée par voie dominatrice une volonté législative venue d'un maître placé en dehors et au-dessus d'eux, mais bien comme « citoyens » (*eod. loc.*), qui, en obéissant aux lois, obéissent à une volonté générale dont fait partie la volonté particulière de chacun d'eux.

Notre droit public actuel se comporte comme s'il avait fait siennes ces vues de Rousseau. Il est vrai que, selon la doctrine du *Contrat social*, le corps des citoyens devait exercer directement par lui-même le pouvoir législatif. Mais, dans le but de prévenir l'objection qui n'aurait pu manquer de surgir sur ce point, les fondateurs révolutionnaires de notre régime représentatif ont, dès l'abord, posé en principe que, même si les citoyens ne participent pas personnellement à la formation des lois, ils y participent représentativement par leurs élus; et par suite, ils ont cru pouvoir combiner leurs institutions représentatives avec la définition, empruntée à Rousseau, de la loi produit de la volonté de tous. Que cette combinaison soit pleinement satisfaisante du point de vue logique, c'est ce que nous n'oserions certes point affirmer. Du moins, ce qu'il faut affirmer, c'est qu'elle a réussi à exercer une puissante influence sur l'orientation et l'évolution de notre droit public : car, notamment, elle seule permet d'expliquer juridiquement le fait que l'œuvre de confection des lois ne donne plus lieu, de nos jours, à des actes de commandement. Si la loi acquiert force obligatoire sur les citoyens en dehors de toute manifestation impérative accompagnant l'adoption de son texte ou y faisant suite, ce ne peut être qu'en vertu du concept qui lui donne pour fondement la volonté générale. La force des lois étant ainsi fondée sur la volonté de tous, il va de soi qu'elle s'imposera aussi, spontanément, à tous. Les citoyens sont obligés par la loi pour les mêmes raisons et de la même façon que peut l'être une personne qui s'est fixé à elle-même sa règle de conduite et sa ligne d'action. Voilà pourquoi les organes qui font ou qui promulguent les lois, ont cessé de tenir le langage impératif dont se servaient naguère les monarques, au temps où, en vertu de leur prétention de porter en eux la puissance souveraine de l'État, ils

imposaient la loi comme leur volonté propre à des nationaux qui étaient soumis à cette volonté en qualité de sujets.

⁂

14. — On dira peut-être que les décrets présidentiels, réglementaires ou autres, ne sont pas plus que les lois escortés ou suivis d'une formule de commandement. Ils ne font même pas l'objet d'une promulgation, distincte de leur adoption. Le mot décret a, il est vrai, une allure impérative : pris à la lettre, il annonce de l'*imperium*, tandis que le mot loi n'exprime que le devoir juridique qui lie le peuple, ses autorités publiques et ses membres individuels, à l'observation du contenu de l'acte législatif. Toutefois, et quelles que soient historiquement les causes monarchiques de la terminologie appliquée aux actes présidentiels, il est de fait que les règles ou décisions édictées en ces actes ne tirent point leur efficacité obligatoire d'un commandement qui ne s'y trouve pas.

Tout au moins, ce commandement est-il introuvable quant aux citoyens. En ce qui concerne les fonctionnaires de l'ordre exécutif, on peut soutenir qu'il est émis une injonction présidentielle dans la finale du décret, laquelle charge le ministre compétent, et, par delà le ministre, les agents dépendant de lui, d'en assurer l'exécution; et cette injonction semble s'expliquer d'ailleurs par les rapports de hiérarchie existant entre le chef de l'Exécutif et des fonctionnaires qui sont ses subordonnés; elle pourrait s'expliquer surtout par la considération qu'il est plausible que le Président enjoigne aux agents d'un pouvoir dont il est le chef d'exécuter ses propres règlements ou décisions, tandis qu'il ne saurait prétendre leur adresser de telles injonctions au sujet des lois qu'il promulgue, les lois s'imposant, par la seule supériorité de puissance du Parlement, à toutes autorités appelées à travailler à leur exécution.

Mais, même s'il était vrai qu'à l'égard des fonctionnaires, les décrets présidentiels tirent leur force obligatoire d'un commandement spécial de leur auteur, comment se fait-il qu'en l'absence de pareil commandement adressé aux citoyens eux-mêmes, ceux-ci puissent, de leur côté, se trouver obligés par des règles ou décisions décrétales qui n'ont en soi que la portée d'un simple dispositif? Il ne peut plus être question, cette fois, de rattacher la force

obligatoire de ce dispositif à une idée de représentation populaire ou d'expression de la volonté générale. Car c'est seulement en faveur des Législatures qu'a été introduit, après 1789, le concept qui voit en elles la figuration juridique du peuple et qui rapporte à l'ensemble des citoyens eux-mêmes leurs opérations délibérantes ainsi que les lois par elles adoptées. Il est clair que ce concept représentatif ne peut être appliqué aux décrets présidentiels, ni en tant qu'ils sont émis en la forme par le Président, personnage unique, ni en tant qu'ils sont l'œuvre effective du Gouvernement, celui-ci ne se rattachant pas plus que le Président au corps populaire par des liens particuliers d'élection. Quelle est donc la cause génératrice de la force obligatoire inhérente au dispositif de ces décrets?

15. — Un problème analogue se pose à l'égard des traités, dont l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet remet au Président de la République, c'est-à-dire à l'Exécutif seul, soit la négociation et la conclusion avec les États étrangers, soit la ratification qui assure au point de vue international leur perfection. A la suite de cette ratification, il intervient un décret promulgatoire, attestant la formation définitive du traité et reproduisant son texte à l'effet d'en certifier la teneur. Il suffit de la publication de ce décret pour que le traité se trouve introduit en France, et notamment pour que les citoyens et les fonctionnaires français soient liés par celles des dispositions du traité qui engendrent des règles de droit destinées à devenir directement applicables à l'intérieur de chacun des États contractants : ils s'en trouvent liés, comme ils le seraient par une loi émanée du Parlement français, après la publication du décret qui l'a promulguée. Or, il est à remarquer que le décret promulguant en France un traité ne renferme pas plus que celui de promulgation d'une loi un ordre adressé aux agents exécutifs ou aux particuliers. Le Président de la République dit bien, dans la formule promulgatoire qui est en usage pour les traités, que « *la convention dont la teneur suit, recevra sa pleine et entière exécution* ». Mais cette formule n'est point celle d'un impératif, auquel on puisse rattacher, comme à sa cause génératrice, l'obligation qui va s'imposer désormais aux fonctionnaires et aux nationaux français et qui consiste pour eux dans le devoir de se conformer au droit établi par le traité. Par la formule susdite, le Président se borne à attester que le traité qu'il promulgue remplit toutes les conditions dont la réunion est néces-

saire pour que ses clauses soient aptes à recevoir en France leur exécution. Cette promulgation, tout comme celle des lois, a ainsi pour but unique de donner ouverture à la phase d'exécution, en France, des règles de droit créées par le traité, et non de conférer à ces règles la force qui les rend exécutoires.

L'absence de commandement, dans le cas des traités, est d'autant plus remarquable qu'à la différence des lois et des décrets, réglementaires ou spéciaux, de l'Exécutif, qui sont des produits de la puissance interne de la communauté nationale française, le traité est, en soi, un acte contractuel, né d'un accord conclu et parvenu à perfection entre les États participants. Au cours des tractations internationales qui ont abouti à la ratification du traité, l'activité des plénipotentiaires français négociant au nom du Président de la République avec les représentants des puissances étrangères ne s'est pas exercée en vue d'assurer la production, en France, des effets juridiques que devaient comporter les clauses du traité au regard des autorités ou des ressortissants français; mais elle est demeurée tournée uniquement vers les États co-contractants et elle n'a visé qu'à la réalisation de l'accord à conclure avec eux. D'où vient que le droit élaboré au moyen de cet accord international acquiert en France une force obligatoire, qui fait qu'à partir de la promulgation du traité il y devient applicable aux citoyens à l'égal du droit né des lois françaises et que les autorités françaises, exécutives et juridictionnelles, sont, elles aussi, tenues d'en fournir l'application?

Assurément, ce n'est pas à la puissance des États étrangers que le traité doit la force obligatoire qu'il prend en France : si les nationaux français se voient appliquer ses dispositions et si les autorités françaises s'en trouvent pareillement liées, c'est parce que ces dispositions ont pour auteur, en ce qui concerne la France, le Président de la République, qui avait constitutionnellement compétence pour engager la nation française par voie de conventions avec l'étranger. Il n'en reste pas moins vrai que le Président a conclu cet engagement par un acte international : c'est cet acte extérieur, ou plus exactement, c'est l'adhésion donnée par le Président à cet acte, qui a pour effet de lier, en France, les fonctionnaires et les citoyens. La promulgation présidentielle du traité elle-même, bien qu'elle soit un acte intérieur, ne modifie pas les termes du problème relatif à la force obligatoire de son dispositif : car, pour rendre ce dispositif applicable en France, le Président ne promulgue pas autre chose que le traité lui-même, et il

le promulgue comme tel, c'est-à-dire comme acte international, sans d'ailleurs y adjoindre personnellement de commandement effectif; la formule promulgatoire s'exprime comme si les stipulations du traité avaient par elles seules la vertu d'obliger, en France, et les autorités, et les particuliers. Et cependant, le traité ne s'adresse certainement ni à ceux-ci, ni à celles-là : c'est un contrat passé entre États. Comment comprendre que le contenu de ce contrat passé à l'extérieur possède la valeur obligatoire d'une règle de droit faisant partie de l'ordre juridique interne du peuple français ?

16. — Au fond, ce problème relatif aux traités, bien qu'il s'aggrave de la considération du caractère contractuel et international de ces derniers, ne fait qu'un avec celui qui a été soulevé plus haut (p. 158) et qui est de savoir d'où vient, en l'absence de commandement, la force obligatoire des règles générales ou des mesures particulières édictées par les décrets internes du chef de l'Exécutif. Dans les deux cas, en effet — qu'il s'agisse de décrets émis à l'intérieur ou de conventions internationales — le point capital à élucider est celui-ci : Quels peuvent être le fondement et la cause juridique de la soumission obligatoire qui s'impose spontanément au peuple français et à ses fonctionnaires envers des règles de droit nées d'un acte fait par le Président de la République, c'est-à-dire par une autorité dont on ne peut certainement plus dire, comme cela a été dit pour les Législatures, qu'elle figure représentativement la totalité des citoyens et qu'elle énonce, par suite, la volonté générale ? L'on va voir que, dans les deux cas aussi, le problème ainsi posé ne comporte qu'une seule et même solution.

17. — Pour ce qui est, d'abord, des règles, générales ou particulières, émises à l'intérieur par des décrets, l'explication de la force obligatoire inhérente à leur dispositif doit être recherchée, essentiellement, dans la nature des rapports qui, d'après le droit constitutionnel français, s'établissent entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif et qui font que les actes de l'autorité exécutive doivent se rattacher à une loi, en vertu de laquelle leur intervention est devenue possible, loi dont ils forment, en ce sens, la suite et l'exécution. Ces rapports se résument dans le principe que l'acte exécutif ne vaut qu'à la condition d'être un acte légal.

Ce mot de légalité porte en lui tout un enseignement. Ainsi

que cela a déjà été noté (p. 33 et s.), il nous avertit, dès l'abord, que les actes de l'Exécutif, et notamment les décrets présidentiels, ne puisent pas leur force juridique uniquement dans la puissance de disposer ou de décider qui appartient à leur auteur, mais qu'ils la tirent aussi de leur conformité à la loi et, par conséquent, que la loi elle-même leur fournit le fondement de leur efficacité. A cet égard, le droit public français ne laisse point place, parmi les actes de l'Exécutif, à la distinction romaine du *legitimum* et de l'*imperio continens*. Il n'y a point actuellement d'acte d'une instance exécutive quelconque, qui se fonde purement sur l'*imperium* ou pouvoir de magistrature attaché à cette instance. Tout acte de l'Exécutif, et même de son chef, doit, pour être valable, être « légitime », c'est-à-dire fondé sur la loi, loi constitutionnelle ou loi ordinaire, attendu que soit les cas dans lesquels il pourra être accompli, soit son contenu éventuel, sont conditionnés par la législation en vigueur.

Dire que les décrets présidentiels doivent être légalement faits, c'est donc marquer qu'ils ne vaudraient point par eux-mêmes, si l'on ne retrouvait en eux un élément de légitimité provenant de ce qu'ils mettent en œuvre une disposition législative antérieure. En d'autres termes, la loi prolonge et fait sentir son action jusque dans les décrets de l'Exécutif, en tant que ceux-ci dépendent des prévisions, autorisations et habilitations, du législateur; et c'est pour ce motif que ces décrets doivent être qualifiés de « légitimes » au sens romain du mot, c'est-à-dire d'actes qui, par delà leur auteur, doivent être rattachés principiellement à la loi d'où ils procèdent à titre exécutif. Non pas que le Président de la République fasse, en ses décrets, œuvre de pouvoir législatif. Il a été reconnu plus haut (p. 74 et s.) que le Parlement, en habilitant le Président à statuer par décrets, ne lui délègue pas son propre pouvoir. Mais, s'il n'a rien de législatif, le décret habilité reste, du moins, grâce à l'habilitation qui le légitime, un acte légal. Et ceci implique que la loi joue un certain rôle dans les effets des décrets qu'elle a provoqués ou permis. L'indication de ce rôle va nous fournir l'occasion de préciser ici la distinction entre ce qui est légal et ce qui est législatif.

18. — Du premier coup d'œil, on aperçoit une opposition radicale entre les deux idées de légalité et de législation. D'une part, la légalité présuppose l'existence de lois : pouvoir législatif et pouvoir légal sont donc d'essence bien différente, puisque

l'exercice de l'un est antérieur aux possibilités de l'autre. D'autre part et surtout, il y a, entre la notion d'acte législatif et celle d'acte légal, une antinomie qui provient de ce que l'idée de légalité n'est pas susceptible de s'appliquer à la législation, et cela par la raison que ce sont les lois qui créent la légalité. A cet égard, il apparaît nettement que ce qui doit être légal, ne peut pas être législatif; et tel est le cas notamment des décrets présidentiels. Au contraire, l'expression acte légal équivaut à celle d'acte exécutif, du moins lorsque le système de la légalité est, comme en droit public français, poussé à un point tel que l'activité des autorités subordonnées au législateur ne peut consister, comme le dit la Constitution de 1875 pour le Président lui-même, qu'à « assurer l'exécution des lois ». En somme, la qualification de pouvoir légal, en ce qui concerne les décrets présidentiels, signifie que les compétences du Président présupposent toujours une habilitation spéciale, venue d'un texte, constitutionnel ou législatif, qui forme ainsi la condition essentielle de leur légitimité; le pouvoir législatif, au contraire, est un pouvoir inconditionné, ou qui, du moins, ne comporte d'autre condition restrictive que celle de ne pas contrevenir à un texte de la Constitution.

Il est donc incontestable que les décrets présidentiels ne sont pas des actes de puissance législative, puisqu'ils sont subordonnés à une condition de légalité. Ils ne possèdent donc point force de loi : ou plus exactement, ils ne possèdent point, parmi les forces des lois, celles qui leur viennent spécialement de ce qu'elles sont des actes de pouvoir législatif. C'est ainsi notamment que les décrets présidentiels sont soumis à un contrôle juridictionnel de légalité dont les lois ne sont pas susceptibles. Mais, d'autre part, il importe d'ajouter qu'une fois remplie la condition de légalité à laquelle est astreint chaque décret en tant qu'acte de puissance exécutive, ce décret va bénéficier de ce qu'il est un acte légal. S'il ne produit pas les effets proprement législatifs des lois, il tire, du moins, de sa légalité, c'est à-dire de sa conformité aux dispositions de la loi qui l'a habilité et qu'il exécute, certaines vertus qui lui sont communes avec cette loi. A défaut de force législative, il a force légale : et ce dernier terme dit clairement qu'il subsiste encore en lui certains caractères ou qualités qui sont le reflet de ceux de la loi à laquelle il emprunte sa légalité et qui forment aussi la conséquence de sa conformité avec cette loi.

19. — Au nombre de ces conséquences de la légalité des

décrets faits conformément aux lois, figure précisément la propriété qu'a la règle de droit édictée par le chef de l'Exécutif de s'imposer obligatoirement aux fonctionnaires et aux particuliers, sans qu'il soit besoin, à cet effet, d'aucun commandement. Sous ce rapport, la règle portée par décret participe de la vertu de la loi d'habilitation à laquelle elle s'appuie et se rattache. Assurément, elle demeure distincte de la règle contenue dans cette loi et elle ne devient pas elle-même règle législative : par exemple, elle pourra être modifiée parfois par un décret nouveau, sans emploi de la forme législative requise pour la modification des lois. Mais, du moment qu'elle se tient dans les limites des habilitations données par le législateur, l'on s'explique sans difficulté la force obligatoire qui s'attache immédiatement à elle, du seul fait de sa légalité. Il est, en effet, logique d'admettre qu'en habilitant le Président de la République, soit par un texte constitutionnel, soit par une loi ordinaire, à statuer sur certains objets ou à décréter certaines mesures, le peuple, dont ce texte exprime la volonté générale, a par avance donné son assentiment au dispositif des décrets émis en vertu et dans le cadre de telles habilitations. Sans doute, l'on ne saurait prétendre que, comme l'a dit la Révolution pour la Législature, ce soit la nation qui parle par la bouche du Président. A la différence des lois qui sont traitées en créations de la volonté nationale, les décrets sont des produits de l'activité gouvernementale. Mais, si la nation ne parle plus dans le décret lui-même, elle a parlé lorsqu'elle a habilité le Gouvernement à émettre, en telles ou telles circonstances, sous telles ou telles conditions, sur tels ou tels objets matériels, des décisions ou prescriptions constituant des règles de droit. La genèse de ces règles s'est effectuée en deux étapes : premièrement, autorisation législative accordée à l'Exécutif de créer, éventuellement ou sur le champ, la règle ; puis, émission de cette règle par le décret qui la formule en vertu de l'autorisation préalable. Finalement, la règle a, à la fois, le chef de l'Exécutif pour auteur et la volonté législative de la nation pour fondement : elle est, en ce sens, la résultante de l'acte législatif qui a ouvert la voie à sa création par décret, et de l'acte de puissance exécutive qui l'a décrétée. De là la légalité du décret ainsi fait : le mot de légalité a, en particulier, pour destination de marquer la part, non directe, il est vrai, mais pourtant indéniable, qui doit être reconnue à la loi dans la genèse de la règle portée par décret

20. — Mais, en même temps qu'il exprime la relation d'enchaînement qui doit exister entre les décrets présidentiels et la législation en vigueur, le mot légalité nous révèle aussi pourquoi le dispositif de ces décrets peut se passer de commandement pour acquérir force obligatoire, pourquoi même il ne saurait être accompagné de commandement. En permettant législativement au chef de l'Exécutif de prendre par décrets des décisions ou mesures dont elle aurait pu se réserver l'adoption à elle-même, la Législature, et par elle le peuple qu'elle représente, s'en sont remis à l'appréciation gouvernementale : par la volonté populaire, l'activité fonctionnelle d'une simple autorité a été substituée à la puissance initiale du souverain. Mais la souveraineté même qui s'est exercée dans la loi d'habilitation, fait que l'effet de la volonté populaire exprimée dans cette loi doit s'étendre aux décrets qu'elle a légalisés. Les citoyens seront donc obligés par le dispositif de ces décrets, de la même façon spontanée qu'ils sont obligés par la loi d'habilitation : car, ces décrets, à la fois présidentiels et légaux, bien qu'ils ne soient point œuvre de volonté générale, tirent néanmoins leur force de leur légalité, c'est-à-dire du fait qu'ils ont été édictés en vertu de la volonté générale contenue dans la loi d'habilitation. De même, les fonctionnaires sont liés à l'application de ces décrets, non point seulement parce que le décret émane de leur chef hiérarchique, mais, avant tout, parce qu'il se présente comme fait en exécution de la volonté législative ou générale qui est celle du souverain.

Non seulement les décrets légaux de l'Exécutif n'ont point besoin de commander pour devenir obligatoires, mais l'on n'aperçoit même pas, dans le concept de la loi volonté générale, qu'il puisse être question pour le Président de la République d'y adjoindre un commandement. Le régime de la légalité impose, en effet, à l'Exécutif, le devoir juridique de viser, en tête de ses décrets, le texte de loi sur lequel se fonde leur émission. Or, l'évocation de ce texte ne peut avoir d'autre signification que de rattacher le décret et son contenu à la loi d'habilitation d'où il procède, c'est-à-dire de les justifier par la règle et la volonté supérieures en exécution desquelles ils sont, l'un et l'autre, édictés. Comment l'Exécutif pourrait-il y ajouter un commandement qui impliquerait qu'il prend le décret en son nom propre? A cet égard, il semble permis d'établir un rapprochement entre le visa de légalité qui doit précéder le dispositif des décrets, et la formule « au nom du peuple français » qui figure en tête des jugements rendus

par les tribunaux. Invoquer le texte législatif qui l'habilite à statuer par décret, cela équivaut, de la part de l'autorité exécutive, à présenter son décret comme un succédané ou un dérivé de la loi qui en fonde la légitimité, et, par conséquent aussi, comme une œuvre qui est édifiée sur la base de la volonté populaire dont cette loi a été l'expression. Si le Président de la République fait ainsi ses décrets en vertu de la volonté du peuple français, comment concevrait-on qu'il puisse leur donner la teneur ou leur adjoindre la formule d'un commandement adressé à ce peuple même? Forcément, étant donnés les rapports d'exécution qui doivent exister entre décrets et lois, étant donné aussi le concept de la représentation du peuple par la Législature, le pouvoir décrétal de l'Exécutif ne peut consister, comme le pouvoir législatif du Parlement, qu'en décisions prises sous forme d'adoption d'un texte : à ce texte et à la règle qu'il énonce, s'attachent aussitôt et de plein droit les vertus obligatoires découlant de ce que le peuple et ses membres se trouvent logiquement liés à toute règle qui a été créée, soit législativement par représentation de la volonté générale, soit exécutivement par des décrets formant la suite et la réalisation de cette même volonté.

21. — Les considérations qui viennent d'être exposées au sujet des règles décrétées à l'intérieur par le Président, s'appliquent pareillement à celles qui, du fait des conventions par lui conclues et ratifiées avec l'étranger, exercent leur empire en France, avec force obligatoire pour les citoyens et les fonctionnaires, à partir de la promulgation de la convention.

Sur ce point, il y a lieu de relever, dans l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet, deux principes distincts. Le premier est présenté par ce texte comme le principe supérieur et général. Après avoir débuté en disant que « *le Président négocie et ratifie les traités* », l'article 8 ajoute immédiatement : « *Il en donne connaissance aux Chambres, aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'État le permettent.* » Par là, la Constitution consacre indubitablement la possibilité de traités susceptibles de devenir parfaits, en faveur ou à la charge de l'État français, en dehors de toute intervention des Chambres : ceci, d'ailleurs et bien entendu, sous réserve de la nécessité générale à laquelle est soumis le Gouvernement dans le régime parlementaire, et qui est de conserver la confiance de la majorité des Chambres; en sorte que pas plus en politique extérieure qu'en politique intérieure, il ne pourrait agir

contrairement au sentiment de cette majorité. Sous cette réserve et pour des raisons que la situation internationale de la France à la suite des événements de 1870-71 suffit à rendre intelligibles, la Constitution de 1875 a ménagé à l'Exécutif la faculté de traiter avec d'autres États sans le concours du Parlement. Et l'article 8 présente cette faculté comme le principe général de la matière.

En réalité cependant, ce principe est limité par la suite du texte, qui, non sans quelque gaucherie, énumère, sous forme d'exceptions cette fois, diverses sortes de traités dont il est dit, à raison de leur objet, qu'ils « *ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux Chambres* ». La vérité est que ces prétendues exceptions reposent elles-mêmes sur un second principe, qui fait vis-à-vis à celui posé au début de l'article 8 et qui est bien plus large et plus général que le texte ne l'indique. Il est clair, en effet, qu'en permettant au Président de ne pas donner connaissance aux Chambres de traités pour lesquels cette précaution peut être opportune, l'article 8 n'a pu songer qu'à des conventions rentrant dans la catégorie de celles auxquelles on donne habituellement le nom de traités-contrats, par opposition à celles qui sont qualifiées (indûment d'ailleurs, on va le voir) de traités-lois. Le silence vis-à-vis des Chambres et l'absence de divulgation peuvent se concevoir au sujet d'arrangements conclus avec des puissances étrangères — notamment sur des questions de haute politique internationale —, lorsque ces arrangements n'engagent l'adoption, en France, que de mesures auxquelles le Gouvernement peut procéder discrètement par ses propres moyens. Dès qu'il s'agit de conventions dont les clauses engendrent des règles qui doivent « faire loi » en France, c'est-à-dire qui doivent, à l'égal des prescriptions contenues dans les lois françaises, s'y appliquer aux particuliers et y être appliquées par les autorités nationales, il va de soi que, d'abord, les traités de cette espèce ne sauraient échapper à la nécessité d'être divulgués; car la force obligatoire des règles qu'ils consacrent, ne pourra s'exercer, sur le territoire français, qu'à partir de la promulgation du traité par le Président de la République. En outre — et c'est ici qu'apparaît le second principe annoncé — lorsque la mise en application en France des règles posées par un traité doit y avoir pour effet d'entraîner, par rapport au droit interne antérieur, soit une modification à la législation en vigueur, soit une innovation dépourvue de base dans cette dernière, ce changement ou cette innovation ne peut être obtenu sans une intervention législative des

Chambres : car il est de principe qu'un acte législatif est nécessaire pour toute modification ou nouveauté à apporter à la législation existante. Ceci revient à dire que le Président de la République ne saurait, sans le concours du Parlement, introduire dans le droit français, par voie d'accords internationaux, des règles ou des mesures qu'il ne serait pas capable d'édicter en France par la voie interne de décrets, généraux ou spéciaux.

Dans les cas où le concours du Parlement est ainsi indispensable pour la mise en vigueur, à l'intérieur, du *jus novum* créé par des traités destinés à produire effet en droit français, ce concours s'exerce dans la forme prescrite par l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet. Le vote parlementaire exigé par ce texte pour que le traité devienne définitif, consiste, de la part des Chambres, en l'adoption d'une loi par laquelle le Président est autorisé, c'est-à-dire habilité, à ratifier la convention conclue avec l'étranger.

22. — On a dit parfois de cette loi d'autorisation qu'elle a pour effet de convertir les dispositions du traité en règles de la législation française. Cette façon de définir la portée du vote législatif des Chambres n'est pas entièrement correcte. Il est bien vrai que l'assentiment implicitement donné dans ce vote aux clauses du traité permet, pour l'époque qui suivra la promulgation du traité une fois ratifié, la mise à exécution en France de son contenu : pour des raisons qui vont être indiquées plus loin, celui-ci aura force obligatoire à l'égard des nationaux et des fonctionnaires français. Toutefois, l'habilitation parlementaire donnée au Président en vue de la ratification ne transforme point le traité lui-même en loi française, ni davantage les règles qu'il consacre, en règles de législation interne : pas plus que les habilitations législatives accordées aux décrets réglementaires présidentiels n'ont pour effet d'ériger ces décrets et leur contenu en actes législatifs ou en règles législatives. Le traité dont la ratification a été autorisée par le Parlement reste purement un acte contractuel international; et la ratification, à son tour, bien qu'intervenant en vertu d'un vote législatif, demeure, quant à l'État français, l'œuvre exclusive du Président. C'est bien là ce qui ressort de l'article 8 précité, qui spécifie que, même pour les traités soumis à l'exigence d'un vote des Chambres, le pouvoir de ratifier appartient au Président seul. Cela ressort pareillement de la formule de la loi par laquelle les Chambres émettent un vote

favorable au traité et qui est ainsi conçue : « *Le Président de la République est autorisé à ratifier et, s'il y a lieu, à faire exécuter la convention.* » Cette formule marque nettement que le rôle du Parlement consiste seulement à donner une habilitation au Président en vue de la ratification à intervenir; pour le surplus, l'habilitation ainsi donnée ne fait pas corps avec la ratification et n'en devient pas partie intégrante : elle en constitue seulement une condition préalable, et c'est pourquoi elle doit, en principe, la précéder.

On ne peut donc pas dire que, par leur vote d'habilitation, les Chambres participent effectivement à l'adoption des règles que la ratification doit rendre définitives. En tout cas, il serait impossible de soutenir que ce vote parlementaire ait pour but ou pour effet d'ériger en règles législatives internes les dispositions du traité qui sont destinées à recevoir application en France. Car il est à remarquer, d'après les termes mêmes de la formule précitée, que la loi qui autorise la ratification commence par se tourner uniquement du côté de la question internationale de perfection à assurer au traité. En cela, elle ne vise point à rendre obligatoires, pour les nationaux français ou pour les autorités françaises, les prescriptions du traité qui sont de nature à les atteindre : ce qu'elle vise ici, c'est seulement la ratification, c'est-à-dire l'acte qui rendra définitif le dispositif du traité dans les rapports entre la France et les autres puissances contractantes. Ce n'est donc point de cette première autorisation que l'on pourrait tirer argument pour soutenir que le vote des Chambres convertit les clauses du traité en lois françaises.

Il y a, il est vrai, dans la formule législative d'habilitation, une seconde partie, où il est dit que « le Président est autorisé à faire exécuter la convention »; et cette fois, il s'agit bien de l'exécution intérieure et des effets obligatoires que pourra produire le traité en France. Mais, même à cet égard, il y a lieu de noter les termes dans lesquels s'exprime la loi d'habilitation : elle prend soin de dire que ce que le Président est autorisé à faire exécuter, c'est « la convention », et non pas la loi qui en a permis la ratification. Par là, elle donne à entendre que les obligations dont le Président assurera l'exécution en France, après promulgation du traité, découleront du traité lui-même, d'un traité qui est son œuvre, et non pas d'une conversion des règles du traité en règles de législation intérieure, conversion dont le Parlement serait l'auteur.

23. — Ainsi, il résulte des constatations qui précèdent, que l'autorisation législative accordée par les Chambres en vue de la ratification d'un traité ne change point la source des obligations que le traité est destiné à engendrer en France : ces obligations naissent non seulement du traité comme tel, c'est-à-dire comme acte contractuel international, mais encore d'un traité à la formation définitive duquel la France a coopéré par une ratification qui, tout autorisée qu'elle fût, est demeurée un acte présidentiel. Et cependant, l'on constate aussi qu'à la suite de la promulgation présidentielle de ce traité, les règles qu'il a adoptées posséderont la force de règles du droit interne français et obligeront, comme telles, citoyens et autorités, sans que, d'ailleurs, il soit intervenu, à cet effet, un commandement adressé à celles-ci ou à ceux-là.

Pour justifier cette force obligatoire qui s'attache ainsi aux règles des traités du fait de la ratification présidentielle, il faut — à l'imitation de ce qui a été dit plus haut au sujet des règles portées par des décrets internes — tenir compte et tirer argument des conditions auxquelles est subordonnée la régularité constitutionnelle de l'acte diplomatique de ratification. A cet égard, il apparaît que la ratification, si elle n'est pas un acte législatif, doit, du moins, être un acte légal, c'est-à-dire un acte qui prend dans une loi son fondement de légitimité. Toutes les fois, en effet, qu'un traité vise à faire naître directement du droit nouveau qui régira les autorités ou les ressortissants des États signataires, il faut que le Président soit nanti d'une autorisation législative venue des Chambres pour pouvoir procéder à sa ratification. Ou bien donc les innovations stipulées par le traité rentrent dans la catégorie de celles que la législation française préexistante habilitait déjà le Président à décréter à l'intérieur : en ce cas, le Président pourra, sans nouvelle intervention parlementaire, créer définitivement par des accords avec l'étranger, pour être applicables en France, les règles de droit qu'il était déjà capable d'y édicter par ses décrets internes. Ou, au contraire, ces innovations dépassent les facultés décrétales dont disposait le chef de l'Exécutif d'après la législation antérieure : et alors, le pouvoir de traiter que l'article 8 précité ne confère qu'à lui seul, est limité par la nécessité pour lui de se faire spécialement autoriser par les Chambres, avant de passer à la ratification. D'une façon comme de l'autre, on voit qu'il en est du pouvoir de traiter de l'Exécutif comme de son pouvoir réglementaire, du moins quand il s'agit d'obliger les particuliers ou les fonctionnaires par des règles de

droit nouveau : c'est bien de la Constitution que le Président tient son pouvoir de conclure et de parfaire les traités, mais sous cette réserve qu'il ne peut, par voie de ratification des traités, comme par voie d'émission de règlements, créer du droit nouveau qu'en vertu et en exécution d'une loi d'habilitation. Si l'on veut, on peut dire que la ratification est un acte doublement légal : elle l'est, quant à son auteur, en ce que le Président tire de la Constitution le pouvoir de la donner ; elle l'est pareillement, quant au contenu du traité ratifié, attendu que l'adoption définitive de ce contenu dépend des habilitations législatives données au Président soit par la législation ancienne, soit par une loi actuelle l'autorisant à ratifier.

Mais aussi, on aperçoit maintenant quelles vont être les conséquences de cette légalité de l'activité présidentielle relative aux traités, et cela notamment quant à la force obligatoire dont leur dispositif est susceptible à l'égard des citoyens et des autorités. A défaut d'être l'œuvre directe de la volonté générale ou du Parlement qui en est le représentant, les traités et leur contenu sont conditionnés par la volonté générale, puisqu'ils ne peuvent devenir définitifs que moyennant une permission législative formant l'expression de cette volonté. On peut donc répéter à leur sujet ce qui a été dit plus haut (p. 164) des décrets présidentiels, à savoir qu'ils ont bien l'Exécutif pour auteur, mais qu'ils ont la loi pour fondement. Du rapport de légalité qui relie ainsi les dispositions des traités, destinées à devenir règles internes du droit français, aux habilitations législatives qui en ont autorisé l'adoption par voie d'accord international, il résulte que ces règles n'ont pas besoin d'un commandement, succédant à la ratification du traité, pour acquérir force obligatoire à l'intérieur de la France : elles puisent leur force obligatoire dans le fait que leur adoption est intervenue, en ce qui concerne l'État français, à la suite et comme conséquence d'une manifestation de volonté générale, qui s'est produite sous forme de loi d'habilitation. Non pas que cette loi d'habilitation ait suffi à convertir les règles du traité en règles législatives ; mais, du moins, elle leur a imprimé le caractère de règles légales et, partant, de règles susceptibles de devenir obligatoires en France, une fois le traité devenu parfait.

On remarquera, en ce sens, que, dans la formule promulgatoire des traités, le Président de la République, pour établir que le traité a droit à recevoir exécution de la part des fonctionnaires et à

l'égard des particuliers, commence par cette mention : « *le Sénat et la Chambre des députés ayant approuvé la convention signée... à... le...* ». Le décret de promulgation invoque ainsi la légalité des règles contenues dans le traité, avant de faire état de la perfection de leur adoption, due à l'échange des ratifications. La portée de cette mention de légalité est comparable à celle de la mention qui figure en tête des décrets ordinaires du Président et qui rappelle le texte législatif en exécution duquel chacun de ces décrets est pris : en attestant que la convention qu'il promulgue a été « approuvée » par les Chambres, le Président établit qu'il était fondé à rendre définitives, par ratification de cette convention, les règles de droit interne qui en découlent pour les fonctionnaires et les nationaux français; et du même coup, il fait ressortir, par l'indication même du lien qui les relie à un acte législatif des Chambres, le fondement et la justification de la force obligatoire qui s'est attachée de plein droit à ces règles dès l'accomplissement de la ratification.

24. — Il y a donc lieu, en définitive, de relever une symétrie manifeste dans les pratiques qui ont cours aujourd'hui, à la suite de l'adoption des lois et de la ratification des traités, ou au moment de l'émission des décrets présidentiels, à l'effet de faire entrer en action la force exécutoire ou obligatoire qui appartient aux règles posées respectivement dans ces trois sortes d'actes. Pour les lois, la formule promulgatoire spécifie que c'est en vertu de leur adoption par les Chambres qu'elles seront exécutées. Les décrets présidentiels doivent préciser la loi qui leur sert de fondement. Quant aux traités, leur promulgation s'effectue pareillement sous l'évocation du vote législatif en conséquence duquel ils ont été ratifiés. Dans tout cela, il n'est pas question de commandement. Mais chaque décret, promulgatoire ou autre, se réfère et s'appuie à une décision législative du Parlement, qu'il fait valoir en première ligne, soit comme cause génératrice, soit, en tout cas, comme fondement de légitimité, du droit obligatoire qui, après publication de ce décret, va entrer en application. C'est précisément cette décision parlementaire qui rend superflu tout commandement et même qui en exclut logiquement la possibilité. Car, la loi étant réputée l'expression de la volonté générale, il suffit qu'elle ait parlé, pour qu'on doive en conclure que toute règle qu'elle a créée par elle-même ou pareillement toute règle qui aura été créée en exécution de ses textes et en conformité

avec ceux-ci, repose sur la volonté de la communauté entière et est appelée, à ce titre, à lier, comme si elle était un produit de leur volonté propre, donc aussi sans intervention d'aucune manifestation impérative, chacun de ceux, fonctionnaires ou citoyens, que la communauté incorpore dans son unité indivisiblement organisée.

CHAPITRE V

LA PRIMAUTÉ DU PARLEMENT VIS-A-VIS DE L'EXÉCUTIF SOUS LA CONSTITUTION DE 1875.

---

1. — Quand une Constitution est partie de l'idée que le Parlement porte en lui la représentation de la volonté générale, il faut s'attendre à ce que cette idée produise ses effets dans tous les domaines de l'organisation des pouvoirs publics. Notamment, elle ne peut manquer d'exercer son influence sur la réglementation à donner aux rapports entre le Parlement et l'Exécutif.

2. — Dans la Constitution de 1875, il est assurément certaines institutions qui ont été inspirées par des préoccupations d'un ordre différent. Tel est le cas, surtout, de l'institution bicamérale, à laquelle les auteurs de cette Constitution ont donné, dans leur œuvre, une place si importante. Du point de vue de la logique pure, la dualité de Chambres ne cadre pas aisément avec le concept du Parlement exprimant la volonté générale. Car, ainsi qu'on l'a dit et redit, la volonté générale n'a pas besoin d'une double représentation; elle ne comporte même qu'une représentation unique. Dans un système organique fondé sur la représentation du peuple, l'institution des deux Chambres donne donc l'impression d'une pièce rapportée, c'est-à-dire empruntée à des systèmes politiques construits d'après d'autres principes. Encore convient-il d'observer que l'influence de l'idée de représentation du peuple par le Parlement se fait sentir jusque dans notre régime bicaméral. Elle se fait sentir dans les ressemblances qui ont été établies entre les deux Chambres quant à leur composition : bien que recrutées par des procédés différents, les deux assemblées émanent, l'une comme l'autre, de l'ensemble du corps populaire; et le but qu'a

visé la Constitution en leur donnant cette communauté d'origine, a été certainement de leur assurer aussi qualité égale pour parler au nom de la généralité des citoyens. La même influence se manifeste, en particulier, dans les raisons qui ont amené, en 1884, la suppression de la catégorie sénatoriale des inamovibles : l'idée de représentation populaire était bien l'une de celles qui devaient le plus contribuer à rendre inadmissible que les décisions parlementaires pussent relever, ne fût-ce que pour partie, des suffrages d'une élite siégeant au Sénat sans avoir de liens avec le corps électoral; car, en tant que l'adoption et surtout le rejet de ces décisions étaient exposés à dépendre du jugement supérieur d'une telle élite, l'institution des inamovibles impliquait une concession à des conceptions autoritaires qui demeuraient inconciliables avec l'orientation reprise, depuis 1875, par notre régime représentatif. Au fond, le système actuel des deux Chambres — inspiré d'ailleurs en 1875, non par des nécessités juridiques, mais uniquement par des considérations d'utilité politique — ne saurait être regardé comme un système de dualité véritable : l'unité de la représentation de la volonté générale se retrouve, et elle devait forcément être maintenue, jusque dans le dédoublement de notre Parlement.

3. — Cette unité inévitable s'affirme avec évidence aux yeux de tout observateur qui essaye de recueillir, en dehors de toute prévention, les enseignements découlant des résultats qu'a produits, depuis 1875, le fonctionnement des institutions créées par la Constitution en vue de régler les rapports entre les Chambres et l'Exécutif. Dans notre parlementarisme actuel, l'unité provoquée par le concept qui place dans le Parlement le siège de la volonté générale, se traduit par la primauté et la suprématie du Parlement vis-à-vis de l'Exécutif. On constate, à cet égard, un phénomène inverse de celui qui s'est opéré dans les rapports entre les deux Chambres. Pour assurer l'égalité qu'elle entendait fortement établir entre le Sénat et la Chambre des députés, la Constitution de 1875 avait pris soin, comme il vient d'être rappelé, d'en faire deux assemblées qui, par leur origine, étaient de même essence ; c'est pourquoi elles ont pu, sans trop de difficultés, représenter en double la volonté générale. Au contraire, en faisant dépendre la nomination des titulaires de l'Exécutif, non plus d'élections faites dans le pays, mais d'une élection présidentielle faite en Assemblée nationale par le personnel parlementaire, et, quant aux ministres, de désignations résultant des votes politiques de la majorité parlemen-

taire, la Constitution a frappé l'Exécutif d'une cause d'infériorité congénitale, qui devait inéluctablement avoir pour conséquence de le mettre dans une condition de subordination envers le Parlement : il est clair, en effet, qu'en l'absence de tout point d'appui pris par lui en dehors des Chambres dont il est issu, l'Exécutif ne pouvait plus prétendre faire valoir une volonté générale différente de celle dont le Parlement possède la représentation.

4. — En parlant ainsi d'unité de la représentation, de prépondérance et de primauté du Parlement, nous prenons immédiatement position contre la doctrine suivant laquelle le régime parlementaire institué par la Constitution de 1875 s'analyserait en un système d'égalité ou, tout au moins, d'équilibre, établi entre les Chambres et le Gouvernement, égalité ou équilibre qui résulterait, dit-on, de ce que le Parlement et l'Exécutif auraient été organisés, l'un en face de l'autre, de façon à se faire contrepoids et posséderaient, à cet effet, des prérogatives assurant respectivement l'indépendance suffisante de chacun d'eux dans leurs relations mutuelles.

Cette théorie dualiste du régime parlementaire s'inspire, d'abord, des vues séparatistes de Montesquieu. C'est bien à l'*Esprit des lois* qu'est empruntée l'idée d'une balance nécessaire des pouvoirs, balance qui ne peut s'obtenir que grâce à un mécanisme de freins et de contrepoids et qui implique, par conséquent, que les titulaires des pouvoirs à séparer seront pourvus de moyens d'action et de réaction leur permettant de s'opposer certaines résistances ou certains empêchements. Or, cette idée-là n'a jamais cessé de tenir une large place dans les esprits français. Si la Révolution a prétendu avoir fondé sur le principe de la séparation des pouvoirs le régime constitutionnel de 1791, encore que ce régime ne laissât aux mains du roi qu'un pouvoir singulièrement affaibli au regard de la puissance d'un Corps législatif rendu hautement prééminent, on ne saurait s'étonner que, depuis 1875 pareillement, les auteurs aient cru devoir rattacher à une préoccupation séparatiste l'organisation donnée par la Constitution au parlementarisme.

La thèse dualiste provient, en outre, de ce que l'on s'est imaginé, après 1875, pouvoir juger du parlementarisme actuel d'après les précédents datant de la période des Chartes. C'était là une forte illusion. A l'époque où les pratiques du régime parlementaire ont commencé à s'introduire en France, elles s'y sont

combinées avec les principes de la monarchie. C'est dire qu'il ne pouvait être question, à cette époque, d'une souveraineté de la volonté générale : le souverain, selon les prétentions qui avaient servi de base à la Restauration, c'était le roi. Les pouvoirs reconnus au Parlement sur la législation et sur l'orientation de la politique gouvernementale avaient simplement pour but, comme au début de la formation du régime parlementaire en Angleterre, de limiter la puissance royale : la monarchie était limitée, mais restait une monarchie quand même. Il résultait bien de là, à défaut d'une égalité quelconque, un certain dualisme de pouvoirs entre le roi, qui statuait en son nom propre, et les Chambres, dont l'une au moins avait qualité, en raison de son caractère électif, pour parler au nom du pays. Ce dualisme apparaissait dans le fait que le concours du roi et des assemblées était nécessaire pour la formation des lois; il se manifestait pareillement dans les moyens d'action dont disposait le Parlement sur le Gouvernement, grâce à son droit d'apprécier les actes de celui-ci et d'en faire supporter la responsabilité aux ministres. On comprend que, dans ces conditions, le Ministère ait pu être considéré comme un rouage intermédiaire entre le chef de l'État et les assemblées : et c'est, en effet, de ce temps que date la doctrine qui voit dans le Cabinet le trait d'union nécessaire entre ces deux titulaires de pouvoirs distincts et qui définit le rôle du Cabinet en disant qu'il doit assurer entre eux l'harmonie et la concorde. Ne disait-on pas alors, dans le même esprit, que la Chambre des Pairs devait servir d'intermédiaire entre le roi et la Chambre élective et qu'elle était appelée à concilier mutuellement le Parlement et la Couronne? C'était le temps où le dualisme s'affirmait ainsi sous des formes multiples. Mais aujourd'hui, comment pourrait-on prétendre adapter ces idées dualistes, de provenance monarchique, à une République parlementaire, dans laquelle ce n'est pas seulement la nomination de la personne présidentielle, mais l'institution même de la Présidence, ainsi que la détermination de son statut constitutionnel (V. p. 127, *supra*), qui dépendent de l'Assemblée nationale, c'est-à-dire de la puissance parlementaire?

5. — Parmi les causes qui, après 1875, ont contribué au maintien de la thèse dualiste, il en est cependant une dernière, à laquelle il semble que l'on ne puisse dénier de la valeur. Les premiers commentateurs de la Constitution étaient fondés à défendre leur théorie dualiste par des motifs tirés des intentions mêmes des

constituants de 1875. Ceux-ci, en effet, se sont laissé influencer par deux courants d'idées opposées. D'une part, ils n'ont pas voulu d'un Président populaire, qui aurait pu puiser dans son élection par le corps des citoyens une force politique de même nature que celle du Parlement. On a expliqué cette exclusion du suffrage universel, quant à la Présidence, par les mauvais souvenirs qu'avait laissés l'expérience faite en 1848. C'est reconnaître que les auteurs de la Constitution ne croyaient pas à la possibilité de donner à la volonté générale, en la personne du Président, un second représentant qui aurait fait concurrence au Parlement ; autrement dit, ils étaient partis, sans hésiter, de l'idée révolutionnaire que la représentation de cette volonté se trouve placée principiellement, et ceci surtout sous un régime républicain, dans le Parlement. D'autre part, cependant, et en sens inverse, il est non moins certain que les constituants de 1875, attachés en majorité à des traditions venues des temps monarchiques, ont visé à assurer au Président de la République une situation et des facultés qui, dans leur pensée, devaient empêcher que l'Exécutif tombât dans une dépendance complète vis-à-vis des assemblées. C'est dans ce dessein qu'ils ont conféré au Président, dans des textes multiples, toute une série de pouvoirs, qu'il ne devait exercer, sans doute, qu'avec le concours de ministres responsables, mais qui — s'ajoutant à sa propre irresponsabilité — impliquaient pourtant que non seulement il ferait figure de chef d'État, mais encore que l'Exécutif tout entier trouverait en lui, et dans les facultés mises à son nom, des ressources — moyens d'action ou de résistance — qui, en cas de besoin, lui permettraient d'affirmer, dans une mesure suffisante, l'indépendance réservée au Gouvernement au regard du Parlement.

On ne saurait s'étonner que les premiers commentateurs de nos lois constitutionnelles de 1875, éblouis par le nombre et la variété des pouvoirs attribués par ces lois au Président, aient cru pouvoir le comparer à un monarque : c'était, disait-on, un roi électif. On comprend, de même, que jusque vers la fin du XIXe siècle, le Président ait été qualifié, concurremment avec le Parlement, de représentant de la nation. Et par suite aussi, l'on s'explique que, dans la littérature, l'habitude se soit établie de définir notre régime parlementaire comme un régime séparatiste de répartition de la puissance nationale entre deux sortes d'autorités, qui se font vis-à-vis, qui sont appelées normalement à collaborer à une œuvre commune, mais qui, en cas de désaccord, se trouvent aussi mises

en état, par leur statut organique respectif et par les moyens d'action dont chacune d'elles dispose, de se résister et de se contre-balancer l'une l'autre. En tout cas, il est incontestable que le régime parlementaire, tel qu'il a été organisé en 1875, ne saurait être confondu avec le système constitutionnel qui a trouvé sa consécration chez nous en 1793 et qui n'établit, en principe même, qu'un titulaire unique pour les pouvoirs législatif et gouvernemental. Dans ce système unitaire, le Parlement n'est plus seulement l'organe prépondérant ou suprême : il concentre en lui aussi bien la puissance gouvernementale que la puissance législative, en sorte que le rôle de l'autorité exécutive ne consiste plus qu'à exécuter ou à mettre en œuvre, d'une façon toute subalterne et sans résistance possible, les décisions ou mesures adoptées par le Parlement relativement à toutes les affaires publiques sans distinction. Il ressort indubitablement des textes qui, en 1875, ont défini la condition organique de la Présidence de la République et énuméré les attributions attachées à la fonction présidentielle, que la Constitution n'a pas entendu consommer la confusion des pouvoirs en un seul, ni davantage les réunir aux mains d'un titulaire unique. Le fait que ces textes réservent à la compétence de l'Exécutif la faculté de faire, sous le nom et la signature du Président, de multiples actes envisagés par eux comme des actes de puissance gouvernementale, le fait encore que les Chambres, tout en ayant sur ces actes un droit de contrôle et le pouvoir d'en infliger aux ministres responsables la désapprobation, ne sont admises ni à les décider par elles-mêmes, ni davantage à en ordonner expressément l'accomplissement, tout cela implique, de la part de la Constitution, le dessein bien net de maintenir, à la base du parlementarisme qu'elle consacre, une distinction primordiale et, par conséquent, un dualisme séparatiste entre les pouvoirs du Parlement et ceux de l'Exécutif, comme aussi entre les titulaires de ces deux sortes de pouvoirs.

6. — Reste à savoir si ces intentions de la Constitution de 1875, quelque certaines qu'elles soient, étaient réalisables et si elles se sont réalisées depuis lors. Car la portée d'une loi, constitutionnelle ou autre, ne se juge pas d'après ce que ses auteurs ont voulu ou cru faire, mais bien d'après ce qu'ils ont effectivement fait, c'est-à-dire d'après les effets que sont susceptibles de produire et surtout d'après les effets qu'ont produits, en fait, les principes et les institutions qu'ils ont adoptés. Aujourd'hui, après

une expérience de plus d'un demi-siècle, nous possédons, du fait de cette expérience même, des éléments d'appréciation ou plutôt des enseignements précis, qui nous révèlent, avec toute la clarté souhaitable, la portée logique et véritable des institutions parlementaires créées en 1875. Est-il encore possible de dire que la Constitution de 1875 a organisé notre régime parlementaire sur la base d'une égalité ou, tout au moins, d'un équilibre établis entre le Gouvernement et les Chambres?

7. — L'idée d'égalité, en tout cas, ne semble pas soutenable et ne l'a jamais été. Pour la soutenir, on a tiré argument des moyens de résistance ou de réaction que la Constitution a mis à la disposition de l'Exécutif, afin de lui permettre d'opposer ses vues politiques à celles de la majorité parlementaire; et, parmi ces moyens, l'on a invoqué surtout le droit de dissolution, qui est, en effet, le plus énergique de tous et dans lequel on a cru trouver la preuve que l'Exécutif n'est pas voué à la nécessité absolue et constante de s'incliner devant la supériorité du Parlement. Or, la possibilité de la dissolution elle-même n'implique nullement une égalité quelconque du Gouvernement et des Chambres, étant données les conditions auxquelles elle est subordonnée; et il est même surprenant que les partisans de la doctrine dualiste aient prétendu fonder sur cette possibilité un argument égalitaire. Il y a si peu égalité, même en ce qui concerne le droit de dissolution, que, pour pouvoir faire usage de ce droit, il faut que l'Exécutif ait avec lui une moitié du Parlement, le Sénat. Ainsi, à lui seul, l'Exécutif serait impuissant à dissoudre la Chambre des députés : celle-ci n'est révocable qu'autant que, du côté de l'Exécutif et, si l'on peut dire, dans le même plateau de la balance, se trouve aussi l'autre Chambre. Ceci montre bien qu'il ne peut être question d'une égalité de poids entre les deux sortes d'organes : Gouvernement et Parlement.

L'exigence de l'assentiment du Sénat nous donne un autre avertissement encore. Elle est un indice qui nous révèle que la dissolution n'est pas une arme accordée à l'Exécutif dans son propre intérêt et en faveur de ses propres desseins politiques. S'il ne s'agissait, comme le prétendent les dualistes, que de maintenir ou de rétablir l'indépendance de l'Exécutif à l'encontre d'une majorité qui a sur lui le pouvoir de renverser les ministres, la Constitution de 1875 lui aurait laissé la liberté de recourir, de sa seule initiative et sous sa seule appréciation, à la mesure de la

dissolution. En subordonnant l'emploi de cette mesure à l'approbation du Sénat, la Constitution a marqué clairement que l'Exécutif ne recevait pas le pouvoir de dissolution pour son propre avantage et à titre de faculté discrétionnaire, mais qu'il n'était admis à en user que conformément à ce qui était, à ses yeux, et devait rester toujours la destination essentielle de cette institution. Or, aux yeux de la Constitution, la dissolution — qui est en soi un procédé de consultation populaire, une pierre de touche permettant de vérifier si l'accord persiste toujours entre les élus et leurs électeurs — ne devait être utilisée que comme un moyen servant à fournir au pays la possibilité de se donner, dès avant la fin de la législature, des députés nouveaux, au cas où la majorité précédemment élue ne se serait pas maintenue dans une conformité suffisante avec le sentiment politique qui prévaut dans le corps électoral. Voilà pourquoi la Constitution de 1875 fait intervenir le Sénat dans l'affaire. L'exigence de cette intervention a pour but d'empêcher l'Exécutif de détourner la dissolution de sa fin légitime, qui est uniquement de ramener à l'observation des vœux du pays une Chambre qui s'en serait écartée. Un Exécutif qui ne s'accorde pas avec la Chambre des députés, pourrait, s'il était maître, à lui seul, de la dissolution, menacer la majorité de se servir contre elle de cette arme, afin de l'intimider; ou encore il pourrait, après avoir dissous une Chambre qui n'avait point encouru la réprobation du pays, essayer de faire pression sur le corps électoral, à l'effet de rallier celui-ci à ses propres vues politiques. C'est précisément pour prévenir ces abus de la dissolution que la Constitution appelle le Sénat à intervenir comme arbitre entre le Gouvernement et la Chambre des députés : la dissolution ne sera permise qu'autant que le Sénat estime, de son côté et concurremment avec le Gouvernement, que la Chambre est en désunion avec le pays. Et alors, la condition de l'assentiment du Sénat met en évidence que la dissolution a été instituée en 1875, non point dans l'intention spéciale de fortifier l'Exécutif dans les différends qui peuvent s'élever entre lui et la majorité parlementaire, mais bien pour amener la cessation d'une politique qui mettrait cette majorité en désaccord avec le pays lui-même. C'est dire que, si l'arme de la dissolution a été placée dans les mains de l'Exécutif, elle ne lui a pas été confiée à l'effet de lui ouvrir des chances de faire prévaloir sa propre politique, mais exclusivement pour assurer la prépondérance de la politique à laquelle aspire le corps électoral. Nos auteurs font donc fausse

route, quand ils présentent la dissolution comme un instrument destiné à maintenir ou à rétablir l'égalité des pouvoirs et l'indépendance des organes dans les rapports entre le Gouvernement et le Parlement. Le but véritable de cette institution, c'est de sauvegarder les droits et de fortifier l'influence du corps électoral; et l'appel fait par le Gouvernement à des élections générales n'a été autorisé par la Constitution qu'autant qu'il vise à mettre obstacle à ce que la majorité parlementaire s'engage ou persiste dans une politique que l'opinion générale réprouve et à laquelle elle donne des signes de réprobation. Le Sénat sera juge du degré de cette réprobation et de la légitimité de la dissolution.

8. — A défaut d'une égalité quelconque, peut-on dire que la Constitution de 1875 ait établi, du moins, une certaine sorte d'équilibre, non point parfait assurément, mais pourtant approximatif, entre l'Exécutif et le Parlement? Les dualistes l'affirment, en invoquant soit les intentions des constituants, soit les pouvoirs qui ont été réservés à l'Exécutif en la personne de son chef. Nous avons déjà observé que les intentions des constituants ne sont pas suffisantes : la seule chose qui ait de la valeur, c'est l'efficacité des moyens pris par eux pour atteindre leur but. Il faut croire que les moyens adoptés en 1875 pour équilibrer l'Exécutif et le Parlement n'étaient guère efficaces : car les faits sont venus démontrer, de bonne heure, que non seulement l'Exécutif n'est point l'égal du Parlement, mais encore qu'il ne jouit pas, vis-à-vis de celui-ci, d'une véritable indépendance, pas même pour l'exercice des pouvoirs qui lui ont été conférés en propre par les textes constitutionnels. A quoi les dualistes ont répliqué que les institutions parlementaires créées par la Constitution ont été faussées par la façon incorrecte et abusive dont elles ont été pratiquées. D'aucuns ont même reproché à nos Présidents successifs d'avoir eux-mêmes provoqué la décadence de l'Exécutif, et cela, a-t-on dit, parce qu'ils n'ont pas su faire usage des armes que la Constitution leur avait mises en mains.

9. — Nous ne croyons pas que l'accroissement si considérable de la puissance du Parlement et le refoulement de celle de l'Exécutif soient le produit d'une déviation du système organique établi en 1875. Il faut y voir bien plutôt le développement naturel de conséquences qui découlent des principes mêmes sur lesquels ce système a été édifié.

Et d'abord, il convient de ne pas s'en laisser imposer par la nomenclature copieuse que dressaient naguère nos constitutionnalistes des attributions et prérogatives dont les lois de 1875 ont doté le Président. Quelles qu'aient été à cet égard les intentions ou les illusions des auteurs de la Constitution, ces pouvoirs présidentiels sont loin d'avoir la valeur qu'on leur a prêtée. Indépendamment du fait que le Président ne peut les exercer d'une façon personnelle et qu'il lui faut toujours obtenir le concours de ministres qui consentent à assumer la responsabilité de ses actes, il y a lieu de faire de fortes réserves sur la réalité même de la puissance que les attributions présidentielles impliquent pour l'Exécutif. On peut, au point de vue de leur valeur effective, diviser les pouvoirs du Président en trois groupes.

10. — En premier lieu, il y a des facultés qui sont habituellement présentées comme des pouvoirs de l'Exécutif et qui ne sont pas pour lui des facteurs de puissance véritable.

Tel est le cas de la promulgation des lois. Celle-ci n'est pas, comme la sanction des temps monarchiques, une prérogative d'essence législative, une manifestation de puissance effective, mais un acte d'ordre exécutif, accompli en vertu d'une obligation stricte qui découle de la subordination de l'Exécutif au Parlement.

On ne peut pas davantage envisager l'initiative des lois comme impliquant de la puissance au sens complet du mot. Si important qu'il soit pour le Gouvernement de pouvoir saisir les Chambres de projets tendant à introduire des réformes qu'il juge utiles ou à lui fournir à lui-même des moyens d'action pour l'accomplissement de ses tâches, il reste toujours que par l'initiative le Gouvernement se borne à proposer ou à postuler. Seule, l'adoption de la loi est une manifestation de puissance maîtresse ou franche.

Il ne paraît pas possible non plus de faire état du pouvoir réglementaire pour opposer au Parlement le Président de la République comme le titulaire d'une seconde puissance autonome. Comment a-t-on pu prétendre que ce pouvoir fait du Gouvernement un second législateur, alors que la Constitution ne lui assigne comme base qu'une idée d' « exécution des lois »? En prenant cette attitude au regard du pouvoir réglementaire, la Constitution de 1875 montre clairement qu'à ses yeux, le règlement n'est pas, comme la loi, un acte de puissance initiale, mais un acte que l'Exécutif fait comme serviteur de la loi.

On a vu plus haut (p. 166 et s.) qu'il ne faut pas non plus se laisser abuser par le langage que tient la Constitution au sujet des traités internationaux. Ce langage permet, il est vrai, au Président d'engager la France, sans intervention des Chambres, par ceux des traités qui ne donnent pas lieu à des mesures actuelles et apparentes d'exécution. Mais, ce cas mis à part, il a été reconnu que le Président doit posséder d'avance ou obtenir à temps une habilitation législative pour la ratification de tout traité ayant pour effet de provoquer en France, soit l'adoption, soit l'application immédiate de règles ou de mesures qu'il ne serait pas au pouvoir du chef de l'Exécutif d'édicter par décrets. Assurément, l'Exécutif joue un rôle fort considérable dans les tractations internationales, puisque c'est à lui que la Constitution a réservé non seulement l'initiative de ces tractations, mais encore la faculté de déterminer, par voie de négociations diplomatiques, le contenu des conventions à conclure. Toutefois, il faut bien constater qu'en fin de compte, la perfection du traité, et par conséquent son sort tout entier, dépend du vote des Chambres. Toutes les tractations antérieures à ce vote n'ont que le caractère d'opérations préparatoires, dénuées d'effet décisif. L'Exécutif n'est donc pas plus investi de puissance primaire et indépendante en ce qui concerne la réglementation à établir par conventions internationales qu'en ce qui concerne la réglementation par les lois ou décrets intérieurs.

Une conclusion analogue s'impose à l'égard du pouvoir présidentiel de nomination des ministres, sur lequel maints auteurs ont spécialement insisté pour justifier leur théorie dualiste. En réalité, cette nomination n'a que la valeur d'une présentation : ce sont les Chambres qui, en acceptant le Ministère ou en le mettant d'emblée en minorité, confirment ou infirment sa création. Là encore, le Parlement reste seul le maître : il est maître de la formation des Cabinets, comme il l'est de leur chute, encore qu'il n'ait point sur les ministres un pouvoir formel de révocation, qui, a-t-on dit, n'appartient qu'au Président.

L'on peut bien ranger aussi dans la catégorie des prérogatives simplement nominales et apparentes le pouvoir que donne la Constitution au Président sur les sessions des Chambres. Les articles 1 et 2 de la loi constitutionnelle du 16 juillet ont écarté le système de la permanence des assemblées : ils partent du principe qu'il est réservé au Président d'ouvrir et de clôturer les sessions; et par là, ils semblent consacrer le régime des temps

monarchiques, suivant lequel il appartenait au monarque de donner et d'ôter la parole aux Chambres. Mais les limitations apportées par les articles 1 et 2 eux-mêmes à l'exercice de cette faculté présidentielle, soit quant à la session ordinaire, soit quant aux sessions extraordinaires, ont pour effet de la rendre à peu près vaine : en définitive, nos Chambres siègent de la même façon que si la Constitution avait admis leur permanence. Ce n'est donc encore pas sur cette prérogative que l'on pourrait s'appuyer pour parler de dualité de puissances dans les rapports entre le Parlement et l'Exécutif.

11. — Voici maintenant une seconde sorte de prérogatives présidentielles qui, celles-ci, impliqueraient bien dans l'Exécutif une puissance opposable aux Chambres, si elles étaient susceptibles de s'exercer avec efficacité. Mais il a fallu constater, depuis 1875, qu'elles étaient condamnées à demeurer sans emploi ou sans force réelle. La Constitution s'est donc méprise en attribuant au Président des privilèges qui, dans le régime parlementaire tel qu'elle l'a institué, n'étaient pas viables.

Tel est le cas notamment du pouvoir de demander aux Chambres une nouvelle délibération des lois : c'est là une institution mort-née. Le Président ne peut pas plus se servir de ce moyen d'action que le roi d'Angleterre n'a pu continuer, depuis l'avènement du régime parlementaire, à user de son pouvoir de veto à l'encontre des bills adoptés par les Chambres. On ne voit guère, en effet, comment notre Exécutif pourrait entrer en lutte contre une volonté législative qui vient de s'affirmer dans les Chambres comme la volonté de la majorité. Cet exemple montre que l'inaction présidentielle ne provient pas d'une sorte de défection imputable au Président : c'est la Constitution elle-même qui, par l'exigence du contreseing des ministres combinée avec le principe de leur responsabilité, a frappé de stérilité certains des pouvoirs qu'elle conférait au Président.

Il faut en dire autant de l'irrévocabilité présidentielle, à laquelle certains auteurs avaient assigné une place capitale dans leur construction dualiste du régime parlementaire. Quelque déception qu'ils aient éprouvée sur ce point et quelles qu'aient été les protestations que cette déception leur a inspirées, il leur a bien fallu se rendre à l'évidence des faits et constater que cette garantie soi-disant capitale de l'indépendance présidentielle se trouvait, en réalité, à la merci de la majorité parlementaire :

celle-ci a prouvé que, pour contraindre le Président à se retirer, elle disposait d'un moyen efficace : il lui suffit de refuser toute entrée en relations avec tout Ministère formé par un Président auquel elle est devenue hostile.

12. — Enfin, parmi les pouvoirs ou privilèges présidentiels, il en est une troisième série, qui, même s'ils possèdent une certaine valeur effective, n'impliquent point pour l'Exécutif une situation de puissance indépendante : et cela, par la raison qu'ils n'ont pas été établis pour son propre avantage ou pour accroître sa force au regard du Parlement. Dans cette catégorie, se placent l'irresponsabilité du Président et l'institution de la dissolution.

Non seulement l'irresponsabilité du Président ne va pas jusqu'à le préserver de tout risque de renversement, mais il convient encore d'observer, contrairement à l'interprétation qu'ont donnée d'elle les dualistes, qu'elle est loin de constituer pour lui une force politique ou une garantie d'indépendance. La vérité est, en sens inverse, qu'elle est une garantie prise contre le Président. En déclarant le Président irresponsable, la Constitution de 1875 a voulu éviter de retomber dans l'erreur qu'avaient commise les auteurs de la Constitution de 1848, lorsque, dans l'article 68 de celle-ci, ils avaient posé le principe d'une double et parallèle responsabilité, celle du Président établie concurremment avec celle des ministres. Outre que la responsabilité générale du Président est inconciliable avec la responsabilité ministérielle, ce principe de l'article 68 avait eu pour effet de fournir au Président d'alors un juste motif de liberté d'action et de pouvoir personnel. La Constitution de 1875 s'est souvenue des enseignements de cette époque : et pour enlever au Président tout prétexte de gouvernement personnel, elle l'a stérilisé en le rendant irresponsable. Bien loin donc de pouvoir être rattachée à une préoccupation de séparation et de dualisme des pouvoirs parlementaire et gouvernemental, l'irresponsabilité du Président apparaît comme l'un des moyens qui ont été mis en œuvre pour désarmer l'Exécutif, c'est-à-dire pour enchaîner son chef à la politique des ministres, celle-ci étant elle-même conditionnée par la volonté de la majorité parlementaire.

Pareillement, il a été montré plus haut (p. 181 et s.) que les conditions auxquelles la Constitution a subordonné le recours à la dissolution, excluent la possibilité de voir en celle-ci une arme confiée à l'Exécutif dans son propre intérêt et pour les besoins de la balance à maintenir entre sa puissance et celle de la majo-

rité. L'Exécutif commettrait un détournement de pouvoirs, s'il se servait de la dissolution dans un but autre que celui en vue duquel elle a été permise par la Constitution et qui a été de maintenir une conformité suffisante entre la politique suivie par la Chambre des députés et les aspirations dominantes du corps électoral. Ceci explique que, depuis la tentative malheureuse de 1877, qui était due à la méconnaissance de cette destination même de la dissolution, celle-ci n'ait plus été utilisée. Non pas qu'il soit exact de dire — comme on l'a prétendu de nos jours — qu'à force de demeurer sans emploi, l'arme de la dissolution a fini par se rouiller et est devenue inutilisable. Bien au contraire, dès qu'il est reconnu que la dissolution est appelée à fonctionner, non au profit de l'Exécutif, mais dans l'intérêt du pays et à l'effet d'assurer le respect de sa volonté, il ressort du fondement même de cette institution que l'on pourrait encore fort bien concevoir sa mise en application. Il y a, en effet, une grande différence à relever entre la demande de nouvelle délibération d'une loi, qui n'a d'autre effet que de mettre aux prises le Gouvernement et le Parlement, dans une lutte qui se localise entre eux seuls, et la dissolution qui est, avant tout, un appel adressé non seulement à une instance distincte, mais encore à la plus haute des instances, la volonté générale, manifestée pour une fois par le corps populaire lui-même. Et l'on pourrait même regretter, en un sens, que, depuis un demi-siècle, cette institution de la dissolution, qui est, dans la Constitution de 1875, la seule institution de nature vraiment démocratique, soit restée hors d'usage. La vraie raison de ce défaut d'emploi doit être recherchée précisément dans le fait que la dissolution n'a pas été établie au bénéfice de l'Exécutif et qu'elle ne peut, par suite, dépendre des libres préférences politiques de ce dernier. Son emploi suppose, en effet, des circonstances exceptionnelles : hormis le cas où la Chambre des députés aurait elle-même intérêt à se faire dissoudre, il suppose que la politique à laquelle s'adonne la majorité de cette Chambre est franchement contraire au sentiment manifeste du pays et, de plus, désapprouvée par le Sénat. Comme, en fait, il ne s'est pas produit de violent désaccord de cette sorte entre les députés et le corps électoral au cours des cinquante dernières années, on s'explique que le Gouvernement n'ait pas trouvé l'occasion de faire usage de son pouvoir de dissolution, pouvoir à l'exercice duquel le Sénat n'aurait, d'ailleurs et dans ces conditions, point prêté son concours.

13. — La conclusion qui se dégage de la revue qui vient d'être faite des pouvoirs présidentiels, c'est que ces pouvoirs, si importants qu'ils puissent paraître au premier abord, ne suffisent point par eux-mêmes à engendrer pour l'Exécutif une situation de puissance qui soit susceptible d'être mise en balance, ni même seulement en comparaison, avec celle des Chambres. Nos auteurs s'en sont bien rendu compte, puisqu'après les premières illusions du début, ils ont fini par reconnaître, d'un commun accord, qu'il n'est pas possible de voir dans l'Exécutif et dans son chef une seconde représentation nationale, distincte et indépendante de celle qui a son siège dans le Parlement. On s'étonne seulement qu'après avoir renoncé à qualifier le Président de la République de représentant, certains théoriciens du régime parlementaire aient persisté à dire de ce régime qu'il se fonde, chez nous, sur un principe d'égalité ou de dualisme des puissances parlementaire et gouvernementale.

14. — Tout autre est la définition à donner de notre parlementarisme. Pour la dégager dans sa pleine vérité, il importe de se souvenir que le régime parlementaire s'est rencontré, chez nous, avec le concept révolutionnaire du Parlement représentant et exprimant la volonté générale. Sous l'influence de ce concept, le parlementarisme a pris, dans notre droit public organique, une orientation et des caractéristiques sensiblement différentes de celles que lui avaient imprimées ses origines anglaises. En Angleterre, le caractère dualiste du système parlementaire provient de ce que ce système est né, au début, du dessein de limiter simplement par les droits des assemblées, et spécialement des Communes, la puissance personnelle historique du monarque. Limiter une puissance, c'est la maintenir en principe. Bien qu'au cours des temps, cette limitation des pouvoirs de la Couronne ait abouti à un effacement presque complet de la prérogative du monarque, il a toujours subsisté certains vestiges du dualisme primitif sur la base duquel s'était façonnée, chez les Anglais, la répartition des pouvoirs entre le Gouvernement et le Parlement : le qualificatif de ministre de Sa Majesté donné aux membres du Ministère aurait suffi, à lui seul, à marquer que le Cabinet n'était pas devenu uniquement un comité d'action de la majorité parlementaire et qu'il gardait encore, en dehors de celle-ci, certains points d'appui qui lui permettraient, en cas de besoin, de faire vis-à-vis d'elle acte d'indépendance. Toutefois, en raison de la poussée des forces

démocratiques et aussi parce qu'il faut toujours qu'en définitive, l'unité organique indispensable à l'État se retrouve quelque part, le parlementarisme anglais a évolué peu à peu vers une forme nouvelle, dans laquelle le Ministère a été amené à chercher son point d'appui, tout comme la majorité des Communes, du côté du corps électoral. De là, notamment, la pratique usuelle de ces dissolutions, qui attestent, avec le maintien d'un élément de réelle indépendance pour l'autorité gouvernementale, la persistance dualiste d'un certain équilibre existant entre le Cabinet et le Parlement et provenant de ce que tous deux sont égaux devant le corps électoral.

15. — En France, le parlementarisme a commencé par être répudié, au temps de la Révolution. L'Assemblée nationale de 1789-91 s'était bien rendu compte que le système de dualité des pouvoirs, dont l'Angleterre lui offrait le modèle, était logiquement inconciliable avec l'idée qu'elle se faisait du Corps législatif, seul représentant véritable de la volonté nationale. Il n'y avait plus place, dans ce concept, pour une puissance gouvernementale qui, aux mains de l'Exécutif, aurait été franchement opposable à celle de l'assemblée des députés. En particulier, il ne pouvait que répugner à des hommes professant ce concept d'admettre, pour le chef de l'Exécutif, une faculté de dissolution sur le Corps législatif : en tant que procédé de consultation populaire, la dissolution eût, d'ailleurs, mal cadré avec une Constitution, comme celle de 1791, qui était partie du principe que la volonté du peuple ne prend naissance que dans l'assemblée des députés et ne peut être manifestée que par elle. Si, après 1814, les pratiques du parlementarisme ont pu s'introduire chez nous et s'y développer normalement jusqu'à 1848, ç'a été précisément parce qu'à cette époque il n'était plus question de souveraineté de la volonté générale, la qualité d'électeur n'étant accordée elle-même qu'à un nombre restreint de citoyens privilégiés, et aussi parce que le régime organique consacré par la Charte présentait de réelles analogies avec le système dualiste anglais des puissances gouvernementale et parlementaire se limitant l'une l'autre.

16. — Il faut le reconnaître franchement : les auteurs de la Constitution de 1875 se sont abusés, lorsqu'ils ont cru possible de combiner les précédents venus de la période monarchique des Chartes avec le dogme révolutionnaire de la volonté populaire

représentée par le Parlement. Il y avait, dans cette tentative, deux tendances contradictoires : car, si le modèle que l'on prétendait emprunter aux Chartes, impliquait le maintien dans l'Exécutif d'une puissance indépendante, en sens inverse l'idée de représentation de la volonté générale par les assemblées parlementaires devait forcément entraîner l'acquisition par le Parment d'une sorte de primauté, qui ne consisterait pas seulement en une supériorité de pouvoirs, mais qui aboutirait à un monopole de la souveraineté ; il en est, en effet, de la volonté générale comme de la souveraineté elle-même : elle ne souffre pas de partage, et, par suite, l'organe d'État qui en a été reconnu le représentant, ne saurait se voir opposer, par aucune autre autorité étatique, de résistance dont il ne soit capable, en fin de compte, de triompher.

L'œuvre même des constituants de 1875 porte, dans son ensemble, la trace et la preuve de cette contradiction foncière entre les deux tendances opposées auxquelles ils ont obéi. Bien qu'ils aient essayé de tempérer le principe de la puissance représentative du Parlement par des institutions telles que le système des deux Chambres ou la possibilité de l'appel au peuple au moyen de la dissolution, bien qu'ils se soient efforcés aussi de conserver au Président de la République le rang et le rôle, les attributions et même les privilèges d'un chef de l'État, titulaire d'un pouvoir distinct de celui des Chambres, ils ont bien senti qu'ils ne pouvaient aller jusqu'à l'armer de facultés qui dussent lui permettre d'engager une lutte ouverte avec un Parlement auquel on n'osait plus contester la qualité insigne de représentant de la volonté du peuple français. Ç'eût été, manifestement, organiser la lutte du pot de terre contre contre le pot de fer. De là les mouvements en sens contraires de la Constitution de 1875. Non seulement elle soumet tous les actes du Président sans exception à la nécessité du contreseing ministériel, et elle se garde bien de reproduire la réserve faite par l'article 67 de la Constitution de 1848, qui avait, tout au moins, dispensé de ce contreseing les actes présidentiels de nomination et de révocation des ministres. Mais, même lorsqu'elle décerne, sous le nom du Président, quelque prérogative à l'Exécutif, elle prend soin d'en subordonner la mise en œuvre à des conditions qui sont la négation d'un pouvoir véritable. Tantôt elle fait dépendre la prérogative qu'elle accorde, de l'appréciation ou de la décision dernière des Chambres ou de l'une d'elles, ainsi qu'on l'observe, entre autres,

pour la dissolution. Tantôt elle entoure l'exercice du pouvoir concédé de restrictions, qui équivalent à reprendre d'une main ce qui a été donné de l'autre, ainsi qu'il en a été relevé (p. 186) un exemple bien caractérisé à propos des sessions parlementaires.

Ces procédés embarrassés de la Constitution révèlent bien les tendances divergentes entre lesquelles étaient partagés ses auteurs : par leurs inclinations personnelles ceux-ci auraient été portés à fortifier l'Exécutif, en l'établissant face au Parlement sur la base d'un dualisme de puissances ; mais leurs aspirations en ce sens sont demeurées à l'état de simples velléités, parce qu'elles se sont heurtées à l'idée que, dans un régime républicain, il ne pouvait être question d'admettre à un degré quelconque une rivalité de pouvoirs entre les quelques personnages, Président et ministres, composant le Gouvernement, et des Chambres en faveur de qui était inévitablement appelée à revivre l'ancienne et traditionnelle conception du Parlement ayant derrière lui la totalité du peuple et exprimant représentativement la volonté souveraine de la nation. Finalement, la Constitution a renoncé à accorder aux attributions et moyens d'action dont elle maintenait au Président de la République la possession nominale, les libertés d'exercice qui auraient pu devenir pour l'Exécutif la source d'un pouvoir vraiment indépendant; et par là, elle a, elle-même, en abandonnant l'Exécutif à la domination du Parlement, exclu tout dualisme effectif dans les rapports de l'un avec l'autre. C'est à une autre sorte de dualisme qu'elle a recouru pour modérer la suprématie parlementaire : n'ayant pas osé fonder, en dehors du Parlement et à son encontre, de puissance rivale, elle a installé le dualisme à l'intérieur du Parlement et elle l'a dualisé lui-même.

17. — Au surplus, la position prise par la Constitution de 1875 dans la question des rapports entre le Parlement et l'Exécutif ressort, avec une clarté décisive, du mode d'élection qu'elle a adopté pour la nomination du Président de la République. Il est banal de rappeler que cette nomination est faite par les sénateurs et les députés réunis en Assemblée nationale ; et cependant, il demeure toujours fort important de préciser la signification qui s'attache à ce mode d'élection. On dit habituellement qu'en se refusant à renouveler l'expérience faite en 1848 et en écartant le système de l'élection par le suffrage universel, les constituants de 1875 ont voulu prémunir le régime républicain contre le risque

d'une puissance présidentielle excessive : fort de son origine populaire, le Président aurait pu prétendre s'ériger, aussi bien que le Parlement, en représentant de la volonté générale. A nos yeux, l'exclusion d'une Présidence populaire a eu pour cause des défiances qui étaient dirigées bien plus encore contre le corps des citoyens que contre la puissance du Président. Elle procède, au fond, de l'idée, si fortement énoncée en 1789-91, que le peuple n'a pas ou n'est pas admis à avoir de volonté générale autre que celle qui sera émise en son nom par le Parlement; et c'est, avant tout, par ce second motif, qui se tire des principes mêmes de notre régime représentatif, que la Constitution de 1875 s'est trouvée empêchée, dès l'abord, de reconnaître au peuple la faculté de se donner un Président de son choix; car un tel procédé de choix populaire eût impliqué qu'après l'élection des députés et des sénateurs, il subsistait encore dans le peuple une volonté représentable, c'est-à-dire une volonté que le peuple gardait le droit de faire représenter par un élu distinct du Parlement. En d'autres termes, la solution donnée en 1875 à la question de la nomination du Président vient nous apporter, à son tour, un nouveau trait de lumière, qui ne peut que nous confirmer dans le sentiment que la Constitution a conçu le Parlement comme le représentant attitré et exclusif de la volonté générale.

18. — En tout cas, il est certain — les faits l'ont suffisamment prouvé — qu'il ne restait plus place pour du dualisme de pouvoirs dans une Constitution qui avait fait du Président l'élu du personnel parlementaire. Le Président est apparu, depuis 1875, comme un personnage soufflé, qui ne porte en lui aucune force distincte de celle qui lui vient de sa nomination par les membres des Chambres, et dont le poste même n'a que le caractère d'une création factice et artificielle, puisque les conditions dans lesquelles s'opère l'accession à ce poste ne font que manifester, une fois de plus, l'absolutisme et l'exclusivité. par rapport à l'Exécutif, de la puissance réservée au Parlement. L'Exécutif tout entier en subit le contre-coup, en raison de la cause de faiblesse irrémédiable dont il se trouve ainsi affecté. Non seulement le Président est mis hors d'état d'entretenir une action politique indépendante de celle voulue par les Chambres : sans aller jusqu'à nier l'utilité de l'influence discrète que son ascendant personnel ou ses qualités d'habileté pourraient, en certains cas, lui permettre d'exercer dans les conseils du Gouvernement ou dans

les relations avec des chefs d'État étrangers, il a donc fallu reconnaître que la Constitution l'avait voué, en principe, à un rôle décoratif et protocolaire, consistant à faire simplement les gestes d'une puissance qui n'existe plus que de nom. Mais encore les ministres, de leur côté, ne relèvent plus que de la domination parlementaire, étant donné qu'ils ne trouvent plus dans le chef nominal de l'Exécutif de force spéciale et réelle à laquelle ils aient la ressource de s'appuyer.

C'est assez dire qu'il est devenu impossible de maintenir la définition ancienne du Cabinet fonctionnant comme rouage intermédiaire entre le Parlement et le chef de l'Exécutif : car il ne peut s'établir de trait d'union entre un Parlement qui monopolise, avec la représentation de la volonté générale, l'intégralité de la puissance souveraine de la nation, et une Présidence qui a été vidée de toute puissance autonome et indépendante. La véritable qualification à donner au Ministère est celle de comité gouvernemental du Parlement. C'est bien là ce qui ressort notamment de la signification nouvelle qu'a prise, dans le parlementarisme issu du fonctionnement de la Constitution de 1875, l'institution de la responsabilité politique des ministres. Celle-ci ne tend plus seulement à limiter le pouvoir personnel du chef de l'Exécutif, en l'empêchant de garder comme ministres des hommes qui ont perdu la confiance des Chambres et en l'obligeant à ne leur donner comme successeurs que des ministres à qui cette confiance ne fasse pas défaut. Encore moins l'institution de la responsabilité ministérielle pourrait-elle être envisagée comme destinée à fournir aux Chambres le moyen d'infliger une sorte de sanction à des ministres dont la politique a encouru leur désapprobation. Mais, dans la réalité actuelle des faits, le pouvoir qu'a le Parlement de renverser les ministres en leur qualité de responsables, est devenu, avant tout, entre ses mains, une arme dont chaque majorité nouvellement formée se sert pour s'emparer de l'action gouvernementale, en portant au Gouvernement ses chefs mêmes, des hommes qui exerceront, conformément à ses propres desseins, la politique qu'elle veut faire triompher. La fin dernière de la mise en œuvre de la responsabilité ministérielle n'est donc point le renvoi de ministres qui ont cessé de plaire, mais bien la conquête du Ministère par un parti qui est parvenu, dans le Parlement, à réunir en sa faveur la majorité. Il va de soi que les ministres ainsi appelés à former le Cabinet n'y sont, en aucune mesure, des agents du Président de la République, ni davantage des inter-

médiaires entre celui-ci et les Chambres; mais ils sont les agents d'un parti, d'une majorité, et, juridiquement parlant, du Parlement lui-même, de qui s'affirme ainsi, sous ce rapport comme sous tant d'autres, et contrairement à la théorie dualiste, la suprématie.

19. — Devant les multiples constatations qui précèdent, comment pourrait-on s'étonner de l'immensité de l'ascendant qu'a pris peu à peu le Parlement sur l'Exécutif? En vain, les auteurs demeurés attachés aux premières interprétations données naguère soit à la Constitution de 1875, soit au parlementarisme, tel qu'on le croyait organisé par elle, objectent-ils que, d'après les textes constitutionnels, le pouvoir parlementaire et le pouvoir gouvernemental forment deux pouvoirs essentiellement distincts et ont été attribués respectivement à deux sortes de titulaires, qui doivent les exercer séparément sans immixtion de la part de l'un dans la sphère d'action réservée à l'autre. C'est en partant de cette tradition dualiste que, récemment encore, un de nos hommes d'État les plus éminents faisait grief aux Chambres de ce que « de plus en plus, elles aspirent à gouverner », et aussi de ce qu' « elles regardent le Cabinet comme un bureau d'exécution, constamment subordonné au Parlement et dirigé par lui ». Il est, en effet, certain que le Parlement joue présentement, vis-à-vis de l'Exécutif, non plus seulement le rôle d'un conseil de surveillance, mais bien plutôt celui d'un conseil de direction. Si la majorité parlementaire ne peut toujours point accomplir ou décider directement par elle-même les actes de gouvernement, elle est parvenue, du moins, à acquérir sur l'action gouvernementale du Ministère une influence maîtresse, qu'elle exerce non point, il est vrai, par voie d'injonctions formelles adressées aux ministres, mais simplement au moyen d'indications fournies par ses votes; et les dualistes eux-mêmes sont obligés de convenir que ces indications de ses vues et de sa volonté gouvernementales équivalent, pour l'Exécutif, à des ordres, auxquels il est hors d'état de résister; en sorte que la volonté parlementaire est déterminante pour la conduite gouvernementale du Cabinet. En cela, notre régime parlementaire actuel s'écarte des apparences de dualisme que lui donnent les textes constitutionnels de 1875. Il s'écarte pareillement du dualisme dont la persistance se révèle encore dans le parlementarisme anglais. Et pour tout dire, si, au départ, il avait commencé, après 1875, par être envisagé et

par fonctionner comme un régime de séparation dualiste des pouvoirs entre les Chambres et l'Exécutif, aujourd'hui il en est arrivé à un point de son développement où il est devenu bien proche du système qui place, en principe même, la puissance gouvernementale dans le Parlement. Il réalise en cela ce qu'on pourrait appeler le parlementarisme absolu, au sens intégral du mot, c'est-à-dire un régime dans lequel le Parlement, devenu maître sur toute la ligne, domine complètement l'Exécutif, par opposition au parlementarisme relatif ou dualiste, dans lequel il y a seulement limitation de la puissance gouvernementale par la puissance parlementaire.

20. — Tout cela est incontestable. Mais, ce qu'il faut immédiatement ajouter, en réponse aux critiques des dualistes, c'est que cette évolution du parlementarisme n'est pas le produit d'une usurpation ou d'empiétements commis par le Parlement en violation de la Constitution de 1875, mais la conséquence logique et inévitable des institutions adoptées par cette Constitution elle-même. Car, à vrai dire, c'est bien la Constitution qui, par la façon dont elle a organisé l'Exécutif en le privant de points d'appui pris hors des Chambres, par les modalités restrictives qu'elle lui a imposées pour l'exercice de chacun de ses pouvoirs, par la supériorité transcendante des moyens de puissance qu'elle a mis aux mains des Chambres, a préparé, dès l'origine, et assuré, depuis lors, cette domination que l'on reproche actuellement au Parlement d'exercer sur le Gouvernement. Il n'est donc pas exact de prétendre que cette domination est due à une altération de notre régime constitutionnel. Ce ne sont pas les Chambres qui, en étendant leur maîtrise aux affaires dépendant de la compétence gouvernementale, sont sorties des bornes que leur avaient tracées les lois de 1875. Ce sont les constitutionnalistes qui se sont mépris sur la portée des institutions de 1875, lorsqu'ils ont cru y trouver la réalisation effective d'un système de distribution séparée et d'équilibre dualiste des pouvoirs entre le Parlement et l'Exécutif. Aujourd'hui où la Constitution a eu le temps de sortir ses effets dans toute leur plénitude, il est devenu manifeste que les institutions consacrées par elle ne pouvaient avoir d'autre résultat que d'engendrer, en définitive, la suprématie absolue du Parlement dans ses rapports avec le Gouvernement. A cette suprématie il n'a été apporté et il ne subsiste, en dehors du tempérament inhérent au système bicaméral, d'autre limitation

que celle qui résulte du pouvoir, et même du devoir, qu'aurait le Gouvernement de procéder à une dissolution, au cas où la politique de la Chambre des députés soulèverait à la fois le désaveu du pays et celui du Sénat.

21. — Et maintenant, il faut bien reconnaître, si l'on va au fond des choses, que cette suprématie parlementaire, ainsi préparée et assurée par la Constitution de 1875, se rattache, avant tout, à l'idée originaire du Parlement concentrant en lui la représentation de la volonté générale. Cette idée devait nécessairement entraîner à sa suite l'assujettissement de l'Exécutif au Parlement. Car, du moment que celui-ci était conçu comme l'organe en qui se forme et par qui se manifeste la volonté du peuple français, il va de soi que la volonté parlementaire, bénéficiant du caractère souverain de la volonté qu'elle représente, était appelée à l'emporter sur les volontés de toute autre autorité, quel que fût l'objet sur lequel elle viendrait à s'affirmer. En face de la volonté souveraine qui trouvait sa représentation dans les assemblées parlementaires, il ne restait donc point possible de créer, dans l'Exécutif, un second centre de volonté ou de puissance nationales, auquel pût être reconnue une force politique capable de rivaliser avec celle qui a son siège dans le Parlement. Que la création de ce second centre et de cette force rivale ait paru impossible en 1875, on en trouve la preuve dans le fait que la Constitution a renoncé à l'érection d'une Présidence populaire, et aussi dans la façon dont elle a constamment limité les facultés attribuées à l'Exécutif par les droits supérieurs réservés au Parlement. Certes, il subsiste pour l'Exécutif, dans les textes de 1875, de nombreuses et considérables capacités; mais les conditions stérilisantes mises à leur exercice révèlent que, même dans l'usage qu'il fait de ses pouvoirs les plus qualifiés, l'Exécutif n'agit que comme simple autorité, fonctionnant au service de la nation et sous l'empire d'une puissance supérieure à la souveraineté de laquelle il ne participe pas. Le titulaire et le centre unique de la puissance souveraine de la nation, c'est, d'après la Constitution, le Parlement, dont la volonté est prééminente, même quant aux questions gouvernementales; et par cette position souveraine qu'elle lui assigne, la Constitution montre, une fois de plus, combien elle s'est laissée influencer par l'idée qu'en lui réside proprement la représentation de la volonté générale du peuple français.

22. — On ne peut donc plus songer, à l'heure présente, à donner à notre parlementarisme une construction qui aurait pour base un principe de séparation organique entre les deux fonctions de législation et de gouvernement. Rien que la terminologie des lois constitutionnelles de 1875 s'opposerait à une telle construction. Car les textes de 1875 se gardent bien de reproduire la terminologie antérieure qui, en appliquant aux assemblées parlementaires le nom de Corps législatif, donnait à entendre que ces assemblées ont pour fonction spéciale de faire les lois. Aujourd'hui, quand la Constitution parle des « Chambres », elle marque, par ce terme qui ne se réfère plus à leur compétence fonctionnelle, que nos assemblées parlementaires ne sont plus seulement, comme en Amérique, des « Législatures », car elles ont aussi la haute main sur l'activité gouvernementale. C'est pourquoi aussi il convient de se rallier au point de vue de ceux d'entre les auteurs contemporains qui, pour caractériser la position du Cabinet ministériel, ont renoncé à le qualifier d'organe intermédiaire entre le Parlement et le chef de l'Exécutif : étant donné que le Président de la République ne peut plus être considéré comme formant vis-à-vis des Chambres une deuxième autorité principale, dotée, parallèlement à elles, d'une puissance propre et autonome, il est devenu impossible de définir le Ministère autrement que comme un comité d'action du Parlement. Enfin et pour les mêmes motifs, on éprouve présentement beaucoup d'hésitation à maintenir au Président le nom, provenant des temps monarchiques, de chef de l'État. Comment, en effet, pourrait-on désigner de ce nom un personnage qui n'est même plus le chef de l'Exécutif au sens actif du terme et qui, d'ailleurs, même comme chef nominal de l'Exécutif, n'est titulaire que d'un pouvoir qui est subordonné à la primauté du Parlement? Ainsi que le disait en 1791 Thouret à propos du roi (*Archives parlementaires*, t. XXIX, p. 329 et s.), le Président n'est que « le premier des fonctionnaires publics ». Si l'on persiste à le traiter de chef de l'État, c'est par des raisons d'étiquette décorative : il en garde le nom au même titre qu'il continue à en faire les gestes ; mais ce titre est fictif.

23. — En somme, il y a lieu de conclure que le pouvoir dont dispose le Parlement sur l'Exécutif, à commencer par la nomination de son chef, exclut le dualisme véritable des organes de législation et de gouvernement, tout comme le pouvoir du Parlement sur la Constitution exclut une distinction foncière entre lois

ordinaires et lois constitutionnelles (V. p. 134 et s., *supra*). Mais, de même que l'énormité de la puissance législative des Chambres a provoqué, par voie de réaction, la formation d'un mouvement imposant, en vue de rétablir la séparation des deux pouvoirs constituant et législatif par l'établissement d'un contrôle juridictionnel sur les lois, de même aussi il s'est ouvert, contre la domination exercée par le Parlement sur le Gouvernement, une campagne qui vise à rétablir entre eux une séparation suffisante de leurs puissances respectives, de façon à relever l'Exécutif de ce que l'on a appelé sa servitude envers les Chambres. Dans cette campagne actuelle, il convient de distinguer des propositions réformatrices de deux sortes.

24. — Parmi les partisans de réformes tendant à assainir notre régime parlementaire, il y a d'abord ceux qui croient encore trouver dans la Constitution de 1875 la consécration d'une dualité de pouvoirs entre Parlement et Exécutif. Ceux-là se bornent à réclamer du Parlement lui-même le retour à ce qu'ils appellent les principes de la Constitution : ils exhortent le personnel parlementaire à s'assagir, et notamment à modérer sa puissance de fait sur les hommes préposés à l'activité gouvernementale comme aussi à s'abstenir d'ingérences abusives dans l'exercice de cette activité. A l'appui de ces exhortations, les arguments abondent. C'est un lieu commun de répéter que les Chambres doivent avoir la sagesse de laisser au Gouvernement la liberté d'action qui lui est indispensable pour préparer et traiter utilement les affaires dont il a la charge : si les ministres sont constamment harcelés par des interventions parlementaires relatives à ces affaires, ils ne parviendront plus à s'acquitter convenablement de leur tâche. De même, il est toujours vrai, aujourd'hui comme en l'an VIII, de dire : Délibérer est le fait des assemblées, agir est le rôle de l'Exécutif. Montesquieu, dans son chapitre *De la Constitution d'Angleterre*, avait déjà attiré l'attention sur le fait que « la puissance exécutive s'exerce sur des choses momentanées », c'est-à-dire sur des questions qui exigent une rapidité de vues et de décision que l'on ne peut guère attendre des assemblées ; en parlant ainsi, Montesquieu n'invoquait plus une considération de balance des pouvoirs, mais c'est par des raisons d'utilité pratique qu'il recommandait ici la répartition des tâches, conformément à l'adage *Cuique suum*. On a ajouté qu'en se donnant pour chefs certains hommes, qu'elle a ainsi désignés pour les fonctions minis-

térielles, la majorité — il faut le supposer — a reconnu leur expérience et leur aptitude au maniement des affaires : il est logique qu'elle laisse ensuite agir par eux-mêmes ceux dans les capacités de qui elle a marqué sa confiance.

La force de toutes ces considérations est évidente. Seulement, elles ne parviendront pas à mettre dans la Constitution un équilibre ou une division des pouvoirs qui ne s'y trouve pas. En réalité, les conseils de modération et de réserve qu'on adresse aux Chambres, ne portent que sur une question de méthode et de saine organisation du travail. Les ménagements qu'on leur demande d'observer bénévolement envers l'Exécutif, ne sont qu'une affaire de convenance et d'opportunité politique. Mais toutes les exhortations de cette sorte laissent entière une autre question, qui, celle-ci, n'est plus une question de bonne politique, mais une question de principe et de droit et qui, comme la plupart des questions de droit, se pose sous une forme précise et rigide. C'est celle de savoir ce qui va arriver si, à un moment donné et sur un point déterminé, la façon de voir du Parlement se trouve en opposition avec celle du Gouvernement : de ces deux volontés adverses laquelle est la plus forte? Le problème étant ainsi posé et alors même qu'il se pose sur un objet relevant de la compétence de l'Exécutif, il ne saurait y avoir doute sur la réponse juridique qu'il comporte. A moins que l'attitude prise par la majorité ne soit en désaccord marqué avec le sentiment du pays, ce qui autoriserait une dissolution, il n'est ni au pouvoir des ministres de résister, ni au pouvoir du Président de leur fournir des moyens de résistance. C'est ce qui nous a fait dire que non seulement le Parlement est supérieur à l'Exécutif, mais encore qu'il est maître de la politique gouvernementale.

25. — Cette constatation même a fait surgir, à notre époque, des dualistes d'une seconde espèce. Ceux-ci n'essayent plus de sauver l'idée séparatiste dans le régime parlementaire, tel qu'il a été organisé en 1875. Bien au contraire, ils expriment le regret que la Constitution de 1875 ait, par les institutions qu'elle consacre, ouvert au Parlement la possibilité d'étendre sa puissance jusque sur le domaine de l'action gouvernementale. Mais aussi, partant de cette critique, ils réclament une réforme constitutionnelle, à l'effet de rétablir la séparation et l'équilibre des pouvoirs. Ils ne raisonnent donc plus sur le terrain de la *lex lata*, mais bien en se plaçant sur celui de la *lex ferenda*; et ils revendiquent pour

l'Exécutif l'établissement de l'indépendance que la Constitution ne lui a pas assurée. La campagne qui s'est ainsi dessinée pour la réduction des pouvoirs du Parlement sur l'Exécutif, fait le pendant de celle qui, dans le même esprit, vise à introduire le contrôle des juges sur les lois.

Pour parvenir à un refoulement de la puissance parlementaire et à un renforcement de la puissance gouvernementale, des moyens divers ont été préconisés : en première ligne, élargissement du collège appelé à élire le Président de la République; collaboration ouverte et régulière du Président avec le chef du Cabinet ou les ministres, et même prise de contact du Président avec les chefs de groupes qualifiés des Chambres ; suppression des entraves mises à la dissolution, de façon à en faciliter l'emploi de la part du Président lui-même, notamment à l'occasion des crises ministérielles, et ainsi de suite. Il est seulement surprenant que les partisans de ces nouveautés ne parlent pas davantage du correctif à apporter à ce qui est le facteur principal de la supériorité écrasante du Parlement sur l'Exécutif, à savoir la puissance dont disposent les Chambres sur la Constitution elle-même. A l'heure actuelle, notre Constitution permettrait aux majorités parlementaires, par exemple, de faire pour le Président ce que la revision de 1884 a fait pour le recrutement du Sénat, c'est-à-dire de décider que les textes qui fixent sa situation organique et ses attributions perdront le caractère constitutionnel. Pour soustraire l'Exécutif à la prépondérance parlementaire, la première réforme à entreprendre serait d'établir, dans notre système d'organisation des pouvoirs, une puissance constituante autre que celle du Parlement.

26. — Cette dernière observation nous met immédiatement sur la voie de l'objection générale et fondamentale qui peut être élevée contre toutes les nouveautés proposées dans le but de dualiser, par des moyens destinés à les équilibrer, l'Exécutif et le Parlement. Ces propositions de réformes diverses, en tant qu'elles prétendent introduire un régime d'indépendance respective entre le Parlement et le Gouvernement, viennent se heurter aux exigences de l'unité de l'État. L'unité indispensable à l'État exclut la possibilité de juxtaposer, en concurrence, deux foyers de volonté nationale, constitués par deux autorités qui posséderaient, chacune de son côté, fût-ce dans des sphères de compétences matérielles différentes, un libre pouvoir de décision et d'action. Du moins, l'Exécutif et le Parlement ne pourraient être érigés en

autorités séparées et indépendantes qu'à une condition : il faudrait qu'il existât, au-dessus de cette organisation dualiste, un troisième titulaire de puissance, qui les dominerait l'un et l'autre d'une façon permanente, qui serait capable de prononcer souverainement en cas de désaccord entre eux et en qui se trouverait ainsi assuré le maintien, dans tous les domaines, de l'unité essentielle de puissance et de volonté étatiques.

Sur ce point-là, on ne saurait critiquer la Constitution de 1875 d'avoir consacré, au profit du Parlement, une prépondérance et une primauté nettement marquées. Du moment que l'organe parlementaire et l'organe gouvernemental institués en 1875 ne devaient point relever d'un supérieur commun, la Constitution a bien compris qu'il était inévitable que l'un de ces deux organes jouât le rôle d'organe suprême par rapport à l'autre. Comment pourrait-on s'étonner qu'elle ait conféré cette suprématie au Parlement plutôt qu'à l'Exécutif? Si elle avait agi autrement qu'elle ne l'a fait, il est peu croyable qu'elle aurait acquis la longévité qui la distingue de ses devancières. On peut reprocher à notre Parlement d'avoir abusé des supériorités qui lui ont été données en 1875 ; il n'est pas possible de faire reproche à la Constitution elle-même de ce qu'elle n'a point essayé de réaliser l'égalité, l'équilibre ou l'indépendance respective, dans les rapports entre les Chambres et le Gouvernement.

27. — Pour dessaisir aujourd'hui le Parlement de ce qui paraît à beaucoup d'esprits trop absolu dans sa primauté, pour établir entre lui et le Gouvernement l'indépendance plus grande que réclament en faveur de ce dernier les dualistes, il ne suffit donc pas de fortifier l'Exécutif ou son chef, en apportant tel ou tel changement dans le mode d'élection présidentielle, telle ou telle réforme dans les conditions d'exercice des facultés de puissance gouvernementale. Les tentatives d'établissement d'un dualisme de cette sorte ne pourraient que susciter de graves conflits, peut-être même des conflits insolubles, entre le Parlement et le Gouvernement, devenus capables d'entretenir, de part et d'autre, une action politique indépendante. Mais, puisque l'État ne peut se passer d'un organe suprême sans que son unité soit compromise, il semble que, pour parvenir à dualiser le Parlement et l'Exécutif, une seule ressource soit praticable : celle qui consisterait à leur superposer un organe d'une essence spéciale et plus haute, c'est-à-dire ayant qualité pour leur imposer à tous deux sa propre

suprématie. Dans un pays comme le nôtre, il n'y a que le peuple, le corps des citoyens, qui puisse se concevoir comme ayant qualité pour exercer ce rôle suprême. Contrairement à la thèse des dualistes qui prétendent assurer l'équilibre entre Parlement et Exécutif par des moyens tirés uniquement de la séparation des pouvoirs, une réforme à fin d'équilibre ne peut se réaliser que par le recours à des institutions empruntées à la démocratie.

Les constituants de 1875 étaient trop éloignés des idées démocratiques pour qu'ils aient pu songer à orienter leur œuvre organique dans de telles directions. Ils n'ont eu en vue que le Parlement et l'Exécutif, et, sauf la place qu'ils ont faite à la dissolution, ils n'ont pas envisagé la possibilité de régler les rapports entre la puissance parlementaire et la puissance gouvernementale par des moyens d'appel au peuple. Mais aujourd'hui, bien des esprits se rendent compte que ce n'est qu'en s'engageant dans la voie démocratique qu'on pourrait relever notre Exécutif de son infirmité présente et soumettre, en même temps, notre Parlement à des limitations qui mettraient un terme à son omnipotence; et c'est aussi dans cette vue démocratique que certains proposent de confier l'élection présidentielle au suffrage universel, d'élargir l'emploi de la dissolution, et même d'introduire dans notre Constitution des institutions populaires telles que celle du referendum appliqué à la législation.

Il n'entre pas dans le rôle du juriste d'apprécier l'opportunité politique de réformes qui bouleverseraient à ce point notre régime représentatif. Nous nous bornons à observer, du point de vue de la logique juridique, que l'équilibre de l'Exécutif et du Parlement, qui n'existe pas dans notre parlementarisme actuel, ne peut se concevoir que dans et par la démocratie. Nous ajouterons, toujours du même point de vue, que de telles réformes démocratiques, à la différence de celles qui ne s'inspirent que de séparation des pouvoirs, ne laisseraient pas l'État dans la situation dangereuse d'un dualisme organique. Elles aboutiraient, au contraire, à un système d'organisation unitaire : la séparation dualiste de l'Exécutif et du Parlement n'existerait qu'au degré subalterne ; au degré supérieur, l'unité serait assurée dans le peuple, devenu organe suprême. Mais il est clair aussi que, dans cette nouvelle forme organique de l'État français, il ne pourrait plus être question de voir dans le Parlement l'incarnation du peuple et la représentation de la volonté générale : cette volonté générale, ce serait le peuple lui-même qui, au moins en dernier ressort, serait appelé à la

formuler. Et ceci surtout serait le bouleversement de la tradition représentative venue chez nous de la Révolution.

28. — Depuis 1919, on trouve dans la Constitution de Weimar un exemple intéressant de combinaison du parlementarisme avec la démocratie. Dans le Reich actuel, le système du *Volksstaat*, en même temps qu'il a servi à fortifier l'unité allemande au détriment du fédéralisme, a pour effet de modérer la puissance du Reichstag, soit vis-à-vis du peuple, en raison des pouvoirs de décision directe et souveraine reconnus au corps des citoyens ayant droit de vote, soit vis-à-vis de l'Exécutif, en raison des facultés d'appel au peuple qui appartiennent au Président du Reich. Sans doute, tant que l'on envisage le Reichstag sous l'angle du parlementarisme, on serait porté à croire qu'en lui se trouve le centre de gravité de la puissance étatique de l'Empire : c'est ainsi que la Constitution de Weimar commence par le présenter (art. 68) comme le seul organe de qui dépende l'adoption des lois ; et pareillement, elle spécifie (art. 54) que le chancelier et les ministres, au contreseing de qui sont soumis tous les actes du Président (art. 50), doivent se retirer devant toute décision du Reichstag leur refusant expressément sa confiance. Si l'on s'en tenait à ces textes, il faudrait dire que le Reichstag est, comme le Parlement français, maître à la fois de la législation et du gouvernement. En réalité, sa puissance n'est pas comparable à celle de notre Parlement.

Elle est limitée d'abord, on pourrait même dire dominée, au moins théoriquement, par celle du peuple. En ce qui concerne notamment la législation d'Empire, il est permis d'appliquer au Reichstag la formule de l'article 71 de la Constitution fédérale suisse, qui dit de l'Assemblée fédérale qu'elle n'exerce la puissance de la Confédération que « sous réserve des droits du peuple ». Parmi les institutions allemandes de législation populaire, il convient de signaler spécialement celle du *Volksbegehren* (art. 73, alin. 3), qui, sur la demande d'un certain nombre de citoyens initiants, permet au peuple de faire, à lui tout seul, fût-ce contre la volonté expressément manifestée par le Reichstag, une loi et de la faire d'un bout à l'autre, depuis l'initiative première jusqu'à l'adoption définitive. Le peuple apparaît ainsi comme un second organe législatif, pour le moins égal au Reichstag. Si l'on songe, en outre, que, d'après l'article 76, « la Constitution peut être modifiée par la voie de la législation », l'on constate qu'à la diffé-

rence du Parlement français, le Reichstag n'est point maître, à lui seul, de maintenir les règles de la Constitution en vigueur, et que le pouvoir d'y introduire des règles nouvelles ne lui est pas davantage réservé d'une façon exclusive : car le peuple, de son côté, a le pouvoir, par voie de Volksbegehren, de la modifier. Rien que ce trait suffit à révéler, d'une façon capitale, que la position du Parlement allemand dans l'Empire n'est point celle d'un organe suprême et souverain.

D'autre part, la puissance du Reichstag est limitée vis-à-vis de l'Exécutif. Ici, il est permis de dire que la Constitution de Weimar s'est servie de l'idée et des institutions démocratiques pour soustraire l'Exécutif et son chef à une condition de pure subordination : elle a fortifié la situation de l'Exécutif, au regard du Reichstag, en donnant au Président du Reich la faculté de combattre la politique de la majorité parlementaire, et cela par le moyen qui consiste à saisir le peuple de l'appréciation de cette politique et à porter devant lui la solution à donner à telle question actuelle qui s'y rattache. Au corps populaire est donc reconnue la possibilité de dire éventuellement son mot, à tout moment de la législature, sur l'activité de ses députés. Mais, en même temps, la Constitution de Weimar est parvenue, par ce moyen démocratique, à fournir à l'Exécutif lui-même la possibilité de tenir tête au Parlement : elle est parvenue à cette sorte de dualisme, précisément parce qu'elle érigeait, au-dessus de l'un et de l'autre, le peuple comme le centre unitaire de volonté politique du Reich et comme l'organe le plus haut de l'État.

Déjà, la supériorité du peuple se manifeste dans le fait que le Président et le Reichstag procèdent pareillement de l'élection par le corps des citoyens. Sous le rapport de ses origines, le Président est donc de même essence que le Parlement. Par là, le Président acquiert, vis-à-vis du Reichstag, une indépendance qui lui vient de ce qu'il est, lui aussi, l'homme de confiance du peuple : il a le caractère d'un chef populaire de gouvernement. La Présidence allemande n'est pas exclusivement parlementaire : elle est aussi plébiscitaire. La Constitution en déduit que le Président aura, de son côté, qualité pour parler au nom de la démocratie, c'est-à-dire pour jouer, en certains cas, un rôle actif et même dirigeant. La preuve qu'elle n'envisage pas sa fonction comme devant rester inerte, c'est qu'elle s'est gardée de le rendre irresponsable : à cet égard, il suffit déjà de citer l'article 59, qui dit qu'il peut, comme le chancelier et les ministres, être mis en

accusation par le Reichstag devant le Staatsgerichtshof ou haute cour de justice de l'Empire, pour les actes fautifs qu'il aurait commis en violation de la Constitution ou d'une loi. Ainsi, la Constitution de Weimar a admis entre le Reichstag et le chef de l'Exécutif un certain dualisme ou partage de puissances, mais qui a une base démocratique, car il provient de ce que ces deux autorités sont égales devant le peuple, qui est leur supérieur commun et de qui elles sont l'une comme l'autre issues. De cette égalité devant le peuple il résulte que le Président et le Reichstag pourront respectivement, au cas de différend entre eux, se retourner vers lui comme vers l'instance supérieure qui se trouve logiquement appelée à statuer au-dessus d'eux en dernier ressort.

Du côté du Président, on rencontre des institutions qui lui permettent, d'abord, de lutter contre la volonté législative du Reichstag. Il peut, en cas de désaccord sur une loi entre le Reichstag et le Reichsrat et selon des distinctions précisées par l'article 74, provoquer, soit en faveur de cette loi, soit contre elle, une votation populaire ou *Volksentscheid*; il peut même, sans s'appuyer sur un désaccord entre les deux assemblées, et de son propre mouvement, ordonner un référé au peuple à l'encontre d'une loi parvenue à adoption (art. 73, alin. 1er). Ainsi, le moyen de résistance ouvert au Président contre la puissance législative du Parlement consiste précisément à faire entrer en action la volonté populaire (sauf pourtant dans le cas prévu par l'art. 74, alin. 3, phrase 3, où il dépend du Président de faire échouer une loi sans recourir au referendum). On a soutenu que, lorsque le peuple départage par son vote le Reichstag et le Reichsrat, ou le Reichstag et le Président, il intervient, non comme organe législatif, mais comme simple arbitre ; de la décision populaire dépend simplement, d'après cette doctrine, l'entrée en vigueur d'une loi qui, pour le surplus, restera, si cette décision lui est favorable, l'œuvre exclusive du Reichstag. Mais, dans le cas de Volksbegehren où le peuple peut faire la loi à lui tout seul, sa puissance législative n'est pas contestable ; elle ne l'est pas non plus, dans le cas où le referendum a pour résultat l'adoption d'une loi dans la teneur proposée par le Reichsrat et rejetée par le Reichstag, car le Reichsrat n'a pas le pouvoir d'adoption des lois. Il faut donc admettre que le peuple est organe législatif parallèlement au Reichstag. Bien plus, ses facultés législatives sont plus puissantes que celles du Reichstag, puisque les décisions législatives de celui-ci sont sujettes à des oppositions

qui peuvent entraîner leur échec final, tandis que les décisions législatives populaires sont souveraines et définitives. Ceci implique que la volonté populaire est, quant à la puissance législative, la plus haute dans l'Empire, et que, par conséquent, le peuple est, par rapport au Reichstag, l'organe législatif suprême. C'est à ce titre que le Président du Reich a reçu de la Constitution la faculté de déférer à sa votation les lois adoptées par le Reichstag. Et ce caractère d'organe suprême de l'Empire, qui appartient présentement au peuple allemand, s'affirme, avec plus de force encore, sous l'article 76, qui étend la voie de la législation aux lois portant modification à la Constitution et qui, dans son alinéa 2, ouvre, en outre, au Reichsrat lui-même la faculté de provoquer un appel au peuple quant aux lois de cette sorte.

De même que la Constitution de Weimar a substitué la primauté du peuple à la primauté du Parlement en ce qui concerne la législation et les changements à apporter aux règles constitutionnelles, de même aussi elle superpose la démocratie au parlementarisme en ce qui concerne la détermination de la politique gouvernementale. A cet égard, le pouvoir donné au Président sur le Reichstag est celui de dissolution (art. 25); et ce pouvoir doit s'interpréter, dans le système weimarien, comme une arme qui assurément permet au Président de réagir contre la politique du Reichstag, mais aussi et surtout comme une conséquence de l'idée qu'au-dessus de la volonté parlementaire, il y a une autre volonté plus forte qui est celle du peuple. De ce concept démocratique il résulte d'abord que la dissolution apparaît, d'après sa destination même, comme une institution dont l'emploi, même relativement fréquent, n'a rien que de normal. Il en résulte, en outre, comme le spécifie l'article 25, que le Président ne peut user de la dissolution plus d'une fois pour le même motif; car, bien que cette arme soit mise aux mains du Président, elle tend à faire prévaloir moins la volonté de l'Exécutif que celle du peuple. En un mot, la dissolution ainsi conçue implique bien qu'il y a de l'égalité entre le Parlement et l'Exécutif : mais c'est une égalité qui consiste surtout en ce que ces deux autorités se trouvent égalisées devant le peuple, celui-ci les dominant toutes deux.

Réciproquement, le concept weimarien de l'égalité devant le peuple appelle la mise à la disposition du Reichstag d'un droit de recours au corps populaire contre l'Exécutif. Il est à noter, d'abord, que l'article 24 donne, non pas au Président du Reich,

mais au Reichstag lui-même, le pouvoir de fixer l'ouverture et la clôture de ses sessions : les deux autorités élues par le peuple sont en cela traitées comme indépendantes l'une de l'autre. Le Reichstag tire, en outre, du parlementarisme, un puissant moyen d'agir sur le Gouvernement par la faculté qu'a la majorité de contraindre, à elle seule, à la retraite le chancelier et les ministres. Mais, quant au Président lui-même, comme il est un élu populaire, le Reichstag n'a point sur lui un pouvoir direct de renversement. Du moins, l'article 43 dit que « le Président peut, sur la proposition du Reichstag, être déposé par un vote populaire. La décision du Reichstag doit réunir une majorité des deux tiers ». D'après ce texte, le peuple ne peut pas se saisir lui-même de la question de déposition du Président; l'initiative à cet égard doit venir du Reichstag; mais, inversement, le Reichstag ne peut pas prononcer la déposition, le peuple seul a ce pouvoir. Il y a, dans l'organisation de cette institution, une particularité qui met bien en évidence la situation d'égalité dans laquelle se trouvent le Président et le Parlement vis-à-vis du corps populaire. L'article 43 ajoute, en effet, que « le rejet par le peuple de la déposition équivaut à une réélection présidentielle et entraîne à sa suite la dissolution du Reichstag ». Ainsi, en traduisant le Président devant le corps des citoyens, le Reichstag s'expose lui-même à être condamné par le peuple. Celui-ci, étant saisi du conflit entre les deux autorités, pourra prendre parti aussi bien pour l'une que pour l'autre. Si c'est le Reichstag qui a le dessous, c'est lui aussi qui subira la révocation qu'il avait tenté de faire prononcer contre le Président ; quant au Président, l'approbation que lui donne le verdict populaire, vaut en sa faveur une investiture nouvelle pour une période de sept années. Bref, on voit que c'est au peuple qu'il appartient de juger supérieurement la politique soit du Parlement, soit du Gouvernement. Aucune de ces deux autorités n'exerce donc une primauté complète à l'égard de l'autre. Il n'y a de primauté que celle du peuple qui peut désavouer et destituer chacune des deux autorités placées sur le pied d'égalité au-dessous de lui.

Finalement, il ressort de l'organisation donnée par la Constitution de Weimar aux rapports entre le Reichstag et le Gouvernement d'Empire que c'est dans le peuple allemand que se trouve assurée, au degré suprême, l'unité étatique du Reich. On ne trouve donc point, dans l'Allemagne actuelle, le parlementarisme intégral, c'est-à-dire le régime dans lequel il appartient au Parlement

seul de statuer au nom du peuple. Selon le système weimarien qui réserve au peuple le droit de décision dernière, le parlementarisme n'existe que partiellement et en sous-ordre ; il ne fonctionne entre le Reichstag et l'Exécutif que sous réserve des droits reconnus à la puissance populaire, laquelle domine à la fois la puissance parlementaire et la puissance gouvernementale. Au sommet de la construction weimarienne, il n'y a plus parlementarisme, mais démocratie.

29. — L'on a fait observer, il est vrai, qu'en raison des habitudes de docilité du peuple allemand envers ses gouvernants, les constituants de Weimar avaient dû escompter qu'il n'userait pas grandement des droits de participation directe mis à sa disposition. Surtout, l'on a objecté à la Constitution de Weimar que son dessein de fortifier la Présidence du Reich par des moyens d'appel au peuple se trouvait déjoué par la règle qui fait dépendre tous les actes présidentiels du contreseing de ministres dépendant eux-mêmes de la majorité. N'a-t-il pas été répété pendant longtemps, dans la littérature constitutionnelle, qu'il y a antinomie entre le parlementarisme et la démocratie? A défaut d'une réserve analogue à celle de l'article 67 de la Constitution française de 1848, qui dispensait le Président de la République de la nécessité du contreseing pour les changements de Ministère, le pouvoir de résistance à la majorité qui a été imparti au Président du Reich ne semble donc susceptible de fonctionner pratiquement que dans des cas bien rares et même exceptionnels.

Ces objections ne demeurent pas sans réponse. D'abord, il a été signalé de longue date que l'organe suprême des États ne se reconnaît point à la fréquence de ses interventions : il ne faut pas juger de lui d'après ce qu'il fait à l'ordinaire, mais bien d'après ce qu'il serait capable de faire en certaines circonstances. Pour qu'un organe d'État soit à considérer comme détenant la suprématie, il suffit qu'il soit toujours en état d'intervenir pour procéder, en cas de besoin, à l'adoption des décisions suprêmes. Tel est actuellement le cas du peuple allemand. Même si sa puissance, législative ou autre, ne doit fonctionner que par exception, le point essentiel en droit, c'est qu'elle est toujours prête, d'après la Constitution, à entrer en action. La seule constatation de la possibilité permanente d'une intervention décisive de cette puissance populaire autorise l'interprète de la Constitution de Weimar à affirmer que cette Constitution a fait du peuple le souverain.

D'autre part et en tout cas, la consécration weimarienne d'institutions démocratiques superposées au régime parlementaire établi dans les rapports entre Reichstag et Exécutif a eu pour effet immédiat et considérable d'exclure radicalement toute tentative, de la part du Reichstag, de se prétendre le représentant, au sens propre du mot, de la volonté générale. Car, dès que le peuple est admis à dire son mot, et un mot décisif, sur l'œuvre ou la politique du Parlement, la qualité et le degré de puissance de celui-ci se trouvent modifiés du tout au tout. Du rang d'organe suprême, énonçant souverainement la volonté populaire, il est d'emblée rétrogradé au même rang que l'Exécutif et son chef, au rang de simple autorité, qui, sans incarner la nation, n'exerce pour elle qu'une fonction ou une compétence et qui n'est capable de statuer que sous réserve des droits supérieurs d'une volonté générale dont le peuple garde pour lui-même et pour lui seul le pouvoir d'émettre l'expression souveraine. Quand encore la démocratisation du Reich ne recevrait, en fait, que des applications exceptionnelles et ne posséderait ainsi qu'une portée théorique et idéale, elle produirait toujours un résultat d'une importance capitale, en tant qu'elle interdit tout concept tendant à identifier la volonté parlementaire avec la volonté générale; et par là se trouvent exclues, du même coup, les répercussions qu'engendre cette sorte de concept et qui sont nombreuses, ainsi qu'on l'a vu au cours de cette étude.

Parmi les répercussions qui se trouvent ainsi exclues, il convient de citer, au moins d'un mot, celle qui a trait à la question du contrôle de validité du contenu des lois. Il est vraisemblable que l'orientation prise par les institutions weimariennes — par là même qu'elle met obstacle à ce que, dans l'exercice de sa puissance législative, le Reichstag soit considéré comme représentant souverainement la volonté générale — a contribué, pour une bonne part, au développement rapide et ample du mouvement qui, depuis 1919, s'est produit en Allemagne dans la doctrine et dans la jurisprudence et qui a consisté à revendiquer pour l'autorité juridictionnelle le pouvoir de vérifier la constitutionnalité des lois applicables aux espèces litigieuses dont cette autorité est saisie.

De même, c'est au dualisme de puissances établi par la Constitution de Weimar entre le Reichstag et la Présidence du Reich que semblent devoir être rattachés les pouvoirs de dictature conférés au Président par l'article 48, pour le cas où dans l'Empire

la sûreté ou l'ordre public se trouveraient gravement troublés ou menacés. Ces pouvoirs présidentiels doivent, en effet, s'interpréter d'une autre façon que ceux qui, en France, pourraient avoir l'occasion d'être exercés par le chef de l'Exécutif en vue de faire face à des circonstances ou à des nécessités extraordinaires. En principe, la Constitution de 1875 n'accorde d'avance au Président de la République, même pour les cas les plus graves, que des facultés nettement définies et strictement limitées, par exemple le droit de dissolution. Pour le surplus, elle fait dépendre d'une loi d'habilitation votée par les Chambres tous les accroissements de pouvoirs que celles-ci jugeront utile de concéder à l'Exécutif et à son chef, soit en raison de complications présentes, soit en prévision de certains événements possibles. A cet égard, la Constitution de 1875 s'en tient à son point de vue habituel, qui est que la volonté générale possède, d'une façon constante et exclusive, sa représentation dans les assemblées parlementaires : d'où la conséquence qu'il appartient au Parlement de pourvoir par sa propre puissance à toutes éventualités qui viendraient à surgir, et d'y pourvoir notamment en déterminant par des textes législatifs les facultés renforcées dont il peut être opportun que l'Exécutif soit investi à un moment de crise ou de danger. Si larges que soient les pouvoirs dont disposerait l'Exécutif à la suite de telles habilitations, les mesures par lui décrétées en vertu de leur octroi par les Chambres n'ont rien de dictatorial (V. p. 96 et s., *supra*) : elles rentrent dans la notion constitutionnelle française du pouvoir exécutif, en tant qu'elles interviennent en exécution de la loi qui en a permis l'adoption, et aussi en tant qu'elles supposent, de la part de cette loi, un octroi qui se maintient dans le cadre du principe de la spécialité des habilitations. Le système de l'article 48 de la Constitution de Weimar est édifié sur une base différente. Par ce texte la Constitution ne se borne pas à conférer au Président du Reich le pouvoir d'exécuter les lois qui lui accorderaient quelque habilitation spéciale se rapportant à une circonstance extraordinaire ou à une matière d'un genre déterminé. Mais l'article 48 accorde lui-même et une fois pour toutes au Président du Reich la puissance de décréter en toutes matières toutes mesures dont il croira, d'accord avec le Gouvernement d'Empire, devoir prendre l'initiative dans un intérêt de conservation et de sécurité de l'État, et cela avec dispense de toute habilitation législative préalable, donc aussi indépendamment de toute idée d'exécution de la législation en vigueur. En

quoi l'article 48 traite le Président du Reich en égal du législateur. Il institue, à côté de la voie législative ordinaire, un second mode dictatorial de puissance législative, s'exerçant par voie d'ordonnances qui, dans ces conditions, méritent juridiquement d'être qualifiées de décrets-lois au sens précis du mot. Bien plus, l'article 48 reconnaît au Président du Reich le pouvoir de faire ce qu'en thèse générale la Législature ne pourrait pas entreprendre par la voie législative simple, à savoir de suspendre la force supérieure de textes constitutionnels qui réservent individuellement aux citoyens leurs droits fondamentaux. Peu importe que l'exercice de ces pouvoirs présidentiels soit subordonné à la condition d'un désordre actuel ou d'un danger à conjurer et que, par suite, la doctrine allemande ait pu attacher à la situation créée par l'emploi de ces mesures extraordinaires le nom d' « état d'exception » (*Ausnahmezustand*). Même la disposition de l'article 48 qui impose au Président l'obligation de donner immédiatement connaissance au Reichstag des mesures ainsi prises et qui lui enjoint de rapporter ces mesures si le Reichstag en formule la demande, même cette disposition restrictive laisse subsister aux mains du Président une puissance qui n'est plus celle d'une simple autorité exécutive : sans doute, la Constitution a entendu par là ménager au Reichstag une faculté d'appréciation supérieure sur l'opportunité des mesures édictées par le Gouvernement et son chef; encore est-il à remarquer que l'article 48 ne va pas jusqu'à permettre au Reichstag d'invalider directement les initiatives présidentielles : c'est au Président lui-même que demeure réservé, d'après ce texte, l'acte qui opère le retrait des mesures précédemment adoptées par lui. Tout cet ensemble de dispositions de l'article 48 ne peut s'expliquer que par l'idée que la Constitution de Weimar a envisagé le Parlement et la Présidence du Reich comme deux autorités qui, sous la prééminence du peuple de qui elles procèdent, forment, dans l'Empire, deux centres séparés de puissances distinctes; et cette idée, d'où découle la possibilité pour le Président de prendre en mains, à un moment donné, l'initiative de la direction des affaires de l'État, se rattache elle-même au concept général suivant lequel le Parlement allemand ne concentre pas en lui la représentation de la volonté nationale et populaire.

Convient-il de souhaiter à la France une refonte constitutionnelle qui limite et transforme son régime représentatif actuel par l'introduction d'institutions démocratiques venant se combiner

avec le parlementarisme? C'est là une question d'ordre politique, dont l'examen ne rentre pas dans le cadre de nos recherches strictement juridiques. La seule démonstration que nous ayons cherché à établir, c'est que, du point de vue des possibilités juridiques, l'on ne parviendrait à rendre de la force à notre Exécutif et à modérer la puissance de notre Parlement vis-à-vis du Gouvernement qu'à la condition de faire entrer notre Constitution dans la voie démocratique. Et c'est aussi dans cet esprit uniquement que nous avons rappelé les traits généraux du régime adopté à cet égard par la Constitution de Weimar. Si cette Constitution a pu établir, entre le Reichstag et le Président du Reich ainsi que les ministres eux-mêmes, un certain dualisme fait de leur équilibre et de leur respective indépendance, ç'a été parce qu'elle a édifié un système dans lequel l'Exécutif et le Parlement sont subordonnés à un maître commun, qui est le peuple et avec la volonté supérieure de qui leurs volontés singulières peuvent constamment être confrontées. Elle a pu faire du dualisme par en bas entre les autorités, parce qu'elle assurait l'unité par en haut dans le souverain. Si l'on ne commence pas par mettre au-dessus du Parlement et du Gouvernement la souveraineté effective et agissante — ou, du moins, toujours prête à agir — du peuple, il est impossible de songer à faire marcher de pair et dans l'indépendance la puissance parlementaire et la puissance gouvernementale. Un tel dualisme, qui n'aurait pas de l'unité pour couronnement, serait une source de désordre et il ne serait, sans doute, pas susceptible de durer longuement.

CONCLUSION

Au début de cet ouvrage, nous nous sommes défendu de vouloir faire œuvre de discussion critique. Mais, au terme de notre étude, il semble que la critique surgisse et s'impose d'elle-même, tant est manifeste la contradiction qui s'établit entre l'idée première d'où procède la théorie de la loi expression de la volonté générale et les résultats positifs auxquels cette théorie a finalement abouti. Ces résultats peuvent se résumer d'un mot : l'idée de souveraineté de la volonté générale a été exploitée en vue de fonder la puissance souveraine du Parlement lui-même. Une telle contradiction paraîtra difficilement acceptable à tout homme qui n'est pas résigné à se payer de mots. Comment admettre que, dans notre droit public, les décisions émanées du Parlement aient pu être présentées comme des productions de la volonté populaire, alors que la Constitution tient systématiquement les citoyens à l'écart de leur formation?

Il n'y a eu, en France, qu'une seule Constitution qui ait échappé à cette contradiction. C'est celle de 1793, qui, ne se contentant pas de poser en principe, dans l'article 4 de sa Déclaration des Droits, que « la loi est l'expression libre et solennelle de la volonté générale », avait organisé un régime législatif dans lequel la confection de la loi dépendait, en dernier lieu, de son adoption par les assemblées primaires comprenant la totalité des citoyens. Sur ce point, les conventionnels de 1793 ont eu, tout au moins, le mérite de mettre leur œuvre constitutionnelle en accord logique avec leurs principes. On ne saurait en dire autant des constituants de 1789-91. De même que Louis XIV avait fondé son absolutisme sur sa prétention d'incarner l'État en sa personne royale, de même l'Assemblée nationale de 1789, pour parvenir à son but qui était de commuer la souveraineté de la nation en souveraineté parlementaire, affirme que le collège des députés élus résume en

lui l'intégralité du peuple, et elle va même jusqu'à présenter ce collège comme une formation par l'intermédiaire de laquelle tous les citoyens se trouvent mis en état de concourir à l'adoption des décisions souveraines. Cette fiction, qui a servi originairement de base au régime représentatif, est l'une de celles à propos desquelles on a parlé du mysticisme révolutionnaire : ne serait-il pas plus exact ici de parler de mystification? Il faudrait être bien crédule pour se laisser persuader que les volontés énoncées par une oligarchie sont l'expression de la volonté générale de la communauté, alors surtout que les soi-disant représentés sont exclus de la possibilité d'opposer une volonté contraire à celle qui passe pour représenter la leur.

Certes, il ne peut être question de contester ni l'influence que par le choix de ses députés le corps électoral est capable d'exercer indirectement sur l'orientation générale de la politique nationale, ni davantage celle que les électeurs possèdent, d'une façon plus directe, sur la personne et l'activité de leurs élus : cette dernière, en particulier, n'a fait que s'accroître depuis l'introduction du suffrage universel. On est donc fondé politiquement à qualifier le Parlement de représentant, si par là on veut marquer simplement qu'il est, notamment sous la Constitution de 1875, celle des autorités constituées dont les décisions apparaissent normalement comme correspondant le plus sensiblement aux aspirations de la communauté populaire et, par conséquent aussi, comme étant le plus proches de celles que pourrait prendre cette communauté elle-même, à supposer qu'elle fût admise à statuer par ses propres moyens. Et cette sorte de légitimation politique de la notion de représentation est même de nature à engendrer des conséquences d'ordre juridique : on comprend, par exemple, qu'en raison des attaches spéciales qui relient le Parlement au corps populaire, la règle adoptée par les Chambres prenne, sous le nom de loi, une force tout autre que celle édictée par un décret de l'Exécutif. Toutefois, et quelque complaisance que l'on veuille mettre à accepter ou à accentuer l'idée d'interdépendance, de solidarité et d'union, entre les électeurs et les élus, il vient toujours un moment où la thèse de l'identification entre la volonté parlementaire et la volonté générale se heurte à une objection insurmontable : l'objection, c'est que le régime représentatif a été créé tout exprès — Sieyès le précisait devant l'Assemblée nationale, dans la séance du 7 septembre 1789, avec une crudité qui dépasse encore celle de Montesquieu — pour limiter l'influence populaire au pou-

voir de choisir les personnes qui statueront représentativement et pour interdire au peuple toute participation effective à la puissance même de statuer. Dans ces conditions, le mot représentation, appliqué au Parlement, ne possède, même en son sens politique, que la valeur d'une image plus ou moins vague, ou d'une approximation plus ou moins lointaine ; il demeure, en tout cas, impossible de parler de représentation au sens juridique du terme, et surtout au sens d'une identité entre la volonté du peuple et celle du Parlement, attendu que cette identité, même si elle devait être tenue pour habituelle, n'est point constante et qu'au surplus sa constance n'est nullement assurée par le droit en vigueur.

On voit par là quelle doit être la conclusion de cette étude. De deux choses l'une :

Ou bien l'on entend maintenir le concept, venu de Rousseau et transmis par la Révolution, suivant lequel la loi a pour fondement la volonté générale et pour objet la manifestation de cette volonté. En ce cas, il n'est plus possible de se contenter de l'argument qui consiste à prétendre que tous les citoyens sont présents dans le Parlement à l'instant de la création de la loi : car un tel argument est emprunté à un genre de vision mystique qui manque manifestement de toute base réelle. Si donc on veut que la loi soit vraiment une expression de volonté générale, et si c'est aussi à sa qualité de volonté générale que l'on fait remonter sa vertu obligatoire, il faut inévitablement en venir à conférer au corps populaire un certain rôle actif dans l'œuvre de la législation. L'on est ainsi conduit à revendiquer, comme minimum de facultés législatives populaires, le droit pour les citoyens d'élever une réclamation contre la loi adoptée par les Chambres et, au cas où cette réclamation réunit un nombre suffisant d'opposants, le droit pour ceux-ci de provoquer, sur la loi ainsi frappée d'opposition, une votation populaire qui en prononcera définitivement l'adoption ou le rejet. De même, il est pleinement logique, dans un concept qui fonde la notion de loi sur la suprématie de la volonté générale, que l'initiative législative, au sens démocratique du terme, soit reconnue au peuple : car la suprématie de la volonté générale demeurerait incomplète, si le peuple ne possédait pas, de son côté et en dehors de la Législature, le moyen d'introduire dans la législation les réformes ou les nouveautés à l'adoption desquelles le Parlement se refuse et qui sont voulues cependant par la majorité des citoyens.

Ce n'est pas tout encore : le concept démocratique de la loi

expression de la volonté générale implique que cette volonté est la plus haute dans l'État et qu'elle possède de ce chef le caractère souverain ; cette souveraineté de la puissance populaire ne produira pas seulement ses effets dans le domaine de la législation ; les mêmes raisons qui font du peuple l'organe législatif suprême, appellent sa suprématie dans l'ordre de l'action gouvernementale. Une Constitution démocratique qui ne réunit pas le gouvernement et la législation dans les attributions du Parlement et qui institue, en face de celui-ci, un Exécutif pourvu de quelque indépendance, sera donc amenée, pour la réglementation des rapports entre les deux autorités, à placer au-dessus d'elles, comme supérieur commun, le souverain populaire : de là, des institutions démocratiques telles que l'élection du chef de l'Exécutif par le peuple et le pouvoir pour chacune des deux autorités, parlementaire et gouvernementale, de faire appel au peuple en cas de désaccord entre elles.

Tout ceci fait, il sera superflu, du moins en ce qui concerne les satisfactions à donner à la souveraineté de la volonté générale, de maintenir une distinction rigide entre la Constitution et les lois ordinaires : car, en tant que cette distinction ne viserait qu'à sauvegarder les droits inhérents à la suprématie populaire, son inutilité ressortirait du fait que les droits supérieurs du peuple se trouvent déjà assurés par les pouvoirs dont il dispose à titre législatif. Sans doute, il est particulièrement utile et désirable, dans une démocratie, que le statut juridique individuel des citoyens soit garanti par des dispositions constitutionnelles contre la toute puissance législative propre à la volonté générale. Mais il est à remarquer que la distinction entre règles constitutionnelles et règles législatives, ainsi motivée, ne se fonde plus sur une exigence découlant de la souveraineté de la volonté générale : elle répond uniquement à la préoccupation de protéger la liberté individuelle.

Telles seraient les conséquences que devrait nécessairement produire le concept qui définit la puissance de l'État, et notamment sa puissance législative, par les droits appartenant à la volonté générale. Que si ces conséquences démocratiques sont répudiées par la Constitution en vigueur, soit parce que celle-ci ne se fie pas suffisamment à l'éducation politique du peuple, soit par des raisons de sécurité nationale tirées de la position plus ou moins difficile dans laquelle le pays peut se trouver placé au regard de l'étranger, soit pour tout autre motif quelconque, en ce

cas il n'est plus permis de parler d'expression ni de représentation de la volonté générale à l'effet de fonder la maîtrise du Parlement. Car il serait incompréhensible qu'après avoir dénié au peuple le droit de faire entendre la volonté générale, l'on prétende invoquer la suprématie de cette volonté populaire pour accroître les pouvoirs du Parlement, sous prétexte qu'il la représente.

La vérité est donc que, dans une Constitution qui n'admet point les institutions d'intervention directe populaire, les pouvoirs reconnus au Parlement ne sont susceptibles d'être justifiés que par un concept d'autoritarisme, c'est-à-dire par l'idée que le Parlement est investi d'une puissance qui ne consiste plus seulement à énoncer la volonté du peuple, mais qui lui permet d'imposer au peuple sa propre volonté : en sorte que, pour les lois en particulier, on ne peut plus dire qu'elles sont simplement délibérées par le Parlement, mais il faut dire qu'elles sont décrétées par lui. Ce concept autoritaire est, il est vrai, tempéré par le régime des élections et réélections périodiques, qui conditionne le recrutement du personnel parlementaire : toutefois, sous les Constitutions qui n'accordent aux citoyens que le droit d'élire, l'élection ne peut posséder que la signification d'un procédé de désignation, et la volonté générale ne garde la possibilité de faire sentir sa puissance que dans la mesure partielle où ce procédé de désignation lui permet d'influer médiatement sur les directions politiques que prendra l'activité des élus.

Dès lors, et par cela seul que le Parlement ne tire plus ses pouvoirs d'une représentation effective du souverain, il apparaît que ceux-ci ne peuvent avoir d'autre source que l'octroi qui lui en a été fait par la Constitution : ils ne s'analysent plus en une puissance de souveraineté, mais seulement en une compétence constitutionnelle. Et par suite, la puissance parlementaire perd instantanément l'aptitude à s'ériger en une maîtrise absolue : car, même si le Parlement est, d'après la Constitution, la plus haute des autorités constituées, la puissance dont il dispose, comme autorité de cette sorte, ne peut être, à la différence de celle du souverain, qu'une puissance dérivée et, par conséquent, essentiellement sujette à limitation.

On en arrive ainsi à une série de conséquences inverses de celles qu'a engendrées la théorie de la représentation par le Parlement de la volonté générale. Une première limitation fondamentale découle de ce que la puissance parlementaire, étant une création de la Constitution, ne saurait être maîtresse, à elle seule,

du sort de la loi constitutionnelle en vigueur. Déjà, il est difficile d'admettre que l'ouverture de la revision dépende exclusivement de la permission de l'une quelconque des autorités constituées, fût-ce le Parlement : car l'établissement d'un tel monopole revient à rendre la Constitution incommutable au regard de cette autorité, qui cependant n'existe que par elle; et notamment, il équivaut, en faveur de cette autorité, à une intangibilité de ses pouvoirs, qui ne peut se concevoir que chez le souverain et qui est inconciliable avec la notion de pouvoir constitué. Mais surtout, on n'aperçoit pas comment l'accomplissement de la revision et sa perfection même pourraient être laissés à la libre puissance du Parlement; celui-ci, procédant de la Constitution, ne peut pas posséder sur elle des pouvoirs qui impliqueraient que c'est elle qui procède de lui. Ainsi, dès que la Constitution ne consacre pas effectivement les droits souverains de la volonté générale, en faisant du peuple lui-même l'organe suprême, aussi bien dans l'ordre constituant que dans l'ordre législatif, la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, ainsi que la séparation organique des deux pouvoirs constituant et législatif, s'impose en vertu d'une nécessité qui provient de l'impossibilité de concilier dans le même organe les qualités antinomiques de fondateur de la Constitution et d'autorité fondée par elle. En ce qui concerne le Parlement, ces principes ont pour effet, en le maintenant au rang d'autorité constituée, d'exclure, entre sa puissance et celle des autres autorités établies par la Constitution, la différence radicale qui est née chez nous de l'idée qu'en lui seul réside le droit d'émettre la volonté générale. Parlement, Exécutif et autorité juridictionnelle, sont de même essence, en ce sens tout au moins que ces trois autorités sont égales devant la Constitution qui est la source commune de leurs pouvoirs. De cette égale subordination à la Constitution découlent alors deux nouvelles sortes de limitations susceptibles d'être apportées à la puissance parlementaire.

D'une part, lorsque la Constitution s'est affranchie du dogme de la représentation par le Parlement de la volonté générale, il lui devient possible d'atténuer les supériorités qui appartiennent aux assemblées parlementaires vis-à-vis de l'Exécutif. Assurément, il y a pour le Parlement une cause de primauté qui subsistera toujours : c'est celle qu'il tire de son pouvoir de faire les lois et, par là, de créer l'ordre juridique à l'observation duquel l'Exécutif est soumis. D'ailleurs, il demeure inévitable que, parmi les autorités

constituées, il y en ait une qui soit pourvue d'une prépondérance grâce à laquelle puisse se trouver assurée, d'une façon constante, l'unité de puissance et d'action nécessaire à l'État; or, il a déjà été noté (p. 202), comme une chose évidente, qu'une Constitution telle que celle de 1875 ne pouvait pas songer à placer cette prépondérance ailleurs que dans le Parlement. Mais la légitimité de la primauté parlementaire ne signifie pas que l'Exécutif doive être réduit à une condition de vassalité complète envers les Chambres. Dans un régime organique qui ne serait plus fondé sur la confusion du Parlement avec le souverain, il serait fort concevable que, tout en maintenant la supériorité du Parlement, la Constitution ait réservé à l'Exécutif une certaine part d'indépendance, celle-là même dont il a besoin pour remplir utilement ses fonctions agissantes. Et par exemple, on comprendrait que la Constitution ait pris soin de dicter elle-même au Parlement, par des dispositions formelles, ces restrictions et ces ménagements envers l'autorité gouvernementale que maints auteurs ou hommes politiques exhortent présentement nos Chambres à s'imposer volontairement dans leurs rapports avec cette autorité.

D'autre part, une fois écartée l'identification de la loi avec la volonté générale, il n'existe plus de raison qui mette obstacle à l'établissement d'un contrôle juridictionnel s'exerçant sur les lois en vue de vérifier leur conformité à la Constitution; mais il y a, au contraire, de fortes raisons qui appellent la consécration par la Constitution de ce contrôle destiné à empêcher la toute puissance législative du Parlement. Parmi ces raisons, la première de toutes, c'est la subordination du Parlement à l'ordre constitutionnel en vigueur, subordination qui, comme on vient de le voir, entraîne à sa suite la distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires, ou plus exactement qui réclame l'introduction dans la Constitution des moyens propres à assurer cette distinction. Or, le moyen par excellence de maintenir le législateur dans le respect par lui dû aux règles contenues dans la Constitution, c'est l'ouverture d'une voie de recours contre les lois inconstitutionnelles. On peut hésiter sur les conditions dans lesquelles ce recours doit être organisé. Nous ne serions guère porté, pour notre part, à souhaiter l'adoption du système qui irait jusqu'à permettre à tout tribunal saisi d'un litige de commencer par discuter la validité de la loi applicable à l'espèce avant que d'en faire application. La gravité d'une question contentieuse de cette sorte exige que l'examen en soit réservé à une instance d'une qualité très

haute, et surtout à une instance unique qui statuerait *erga omnes*. Du moins, si les lois cessaient d'être couvertes du masque de la volonté générale, il deviendrait indispensable que la question de leur constitutionnalité trouvât, lorsqu'elle est soulevée par une partie intéressée, une instance juridictionnelle devant laquelle elle pût être portée.

Toutes ces réflexions se résument dans l'alternative qui a été posée plus haut. Ou bien la puissance parlementaire se réclame de la souveraineté de la volonté générale : et alors, celle-ci devrait être admise à exercer démocratiquement ses droits souverains au-dessus de toutes autorités, Parlement y compris. Ou, au contraire, les conditions dans lesquelles la Constitution a conféré au Parlement le pouvoir de créer par lui-même et sous sa libre appréciation la volonté nationale, excluent l'idée démocratique d'une souveraineté de la volonté générale et d'une représentation parlementaire de cette volonté : mais alors, le Parlement ne peut plus se réclamer des droits de la volonté générale pour prétendre à une puissance absolue. D'une façon comme de l'autre, on constate qu'il est de l'essence de la puissance parlementaire de comporter des limitations. Cette puissance est nécessairement limitée par celle du peuple, si elle est fondée sur la représentation de la volonté populaire. Elle est essentiellement susceptible d'être limitée, si le Parlement la détient comme puissance propre, qui lui vient de l'organisation constitutionnelle : car la Constitution doit indubitablement être maîtresse de régler originairement, et aussi de modifier éventuellement, l'étendue des pouvoirs de toute autorité qui, constituée par elle, ne tient que d'elle ses compétences.

INDEX

(avec renvoi aux pages.)

ACTE LÉGAL.

Rapports entre l' — et la loi dont il procède : 33 et s., 152-153, 161 et s., 165-166, 171-172.
Force découlant de la légalité de l — : V. *Force légale.*

ACTES DE PUISSANCE EXÉCUTIVE.

Légalité nécessaire des — : 33 et s., 97-98, 161 et s.

ACTES DE PUISSANCE LÉGISLATIVE : 2, 184.

ASSEMBLÉE NATIONALE : 113-114, 133-134.

ATTRIBUTIONS DE L'EXÉCUTIF.

Caractère dérivé des — : 30 et s., 60 et s.
Spécialité des — : 30 et s., 36-37, 96 et s.

BUDGET : 65.

CABINET MINISTÉRIEL.

Position constitutionnelle du — : 178, 194, 198.

CITOYENS.

Représentation des — dans la formation de la loi : 16 et s., 46-47, 150-151, 153, 155-156.

COMMANDEMENT.

Théorie du — législatif : 141 et s., 148 et s., 152, 156 et s.
Absence de — dans les décrets : 158, 164 et s., 172.
— dans la promulgation des lois : V. *Promulgation.*
— dans la promulgation des traités : 159 et s., 170 et s.

CONSTITUANTES.

Distinction des — et des Législatures : 112, 114, 134.

CONSTITUTION.

Conditions essentielles de la notion de — : 107, 118, 134 et s.
— rigide : 118.
Interprétation de la — : 121, 130 et s.
Revision de la — : 111 et s.

CONSTITUTION DE 1875.

Brièveté de la — : 104 et s., 108 et s., 114 et s., 126 et s., 133.
Souplesse de la — : 118, 138-139.

CONTRÔLE SUR LA CONSTITUTIONNALITÉ DU CONTENU DES LOIS : 50-51, 121 et s., 127 et s., 137-138, 210, 221-222.

COUTUME CONSTITUTIONNELLE : 106 et s., 119.

DÉCONSTITUTIONNALISATION : 98-99.

DÉCRETS-LOIS : 96-97, 211-212.

DÉLÉGATION DE PUISSANCE LÉGISLATIVE : 10, 69 et s., 74 et s., 80 et s., 94 et s., 98 et s.

DICTATURE.

Pouvoirs de — : 210 et s.

DISSOLUTION DE LA CHAMBRE DES DÉPUTÉS : 36, 181 et s., 187-188, 190, 207.

DROIT.

Sens du mot — : 8, 56 et s., 64 et s.
Distinction du — primitif et du — secondaire : 43, 68, 75, 77.

DROITS INDIVIDUELS.

Garantie des — : 119 et s.

ÉTAT DE DROIT : 5.

FORCE EXÉCUTOIRE.

— de la loi : 145 et s., 151 et s., 154 et s.
— des décrets : 158 et s., 164 et s.
— des traités : 159 et s., 170 et s.

FORCE LÉGALE : 163 et s.

HABILITATIONS DONNÉES A L'EXÉCUTIF.

Nature des — : 69 et s., 93-94, 99-100.
Spécialité des — : 36-37, 96 et s.
Étendue possible des — : 80 et s., 91 et s., 95 et s., 99-100.
Fréquence et largeur actuelles des — : 88 et s.
— pour la ratification des traités : V. *Traités*.

INITIATIVE DES LOIS : 1, 184.

LOI.

Définition de la — : 4 et s., 11 et s., 16, 23 et s., 41, 53, 55, 68.
Fondement de la notion de — : 16 et s., 23 et s., 45 et s., 48 et s., 52 et s., 66-67.
Caractère formel de la notion de — : 38-39, 53-54, 66-67.
Caractère statutaire de la — : 43-44, 49.
Forces propres à la — : 41 et s., 48 et s., 68.
Primauté de la — : 22, 43, 45 et s., 50, 68, 97.
Puissance initiale de la — : 41 et s., 54-55, 74 et s., 85.
Puissance de valeur du contenu de la — : 48 et s.
V. aussi : *Acte légal, Commandement, Contrôle sur la constitutionnalité, Force exécutoire, Matière de la loi, Promulgation.*

LOIS MATÉRIELLES ET FORMELLES.

Théorie des — : 12 et s., 39, 52 et s., 56, 65 et s.

LOIS CONSTITUTIONNELLES.

Distinction des — et des lois ordinaires : 116, 135 et s., 220.

MATIÈRE DE LA LOI : 6, 9, 14, 38, 41, 54-55, 80 et s., 84 et s., 92, 94 et s., 116 et s.

MATIÈRE DU RÈGLEMENT : 7, 9, 39-40, 60 et s., 80 et s., 84 et s., 89, 92, 94 et s.

MINISTRES.

Nomination des — : 185.
Responsabilité politique des — : 117, 194.
V. aussi : *Cabinet ministériel.*

MONTESQUIEU.

Théorie de la loi de — : 5, 8.

ORGANE REPRÉSENTATIF : 16 et s., 136, 179, 189, 193, 197.

ORGANE SUPRÊME : 201 et s., 209-210.

PARLEMENT.

Caractère souverain du — : 20-21, 25 et s., 45 et s., 48, 50 et s., 66 et s., 72, 76, 87, 90 et s., 104, 110-111, 118-119, 127, 129-130, 132.
Puissance du — sur la Constitution : 104, 111 et s., 120, 126 et s., 133, 201, 220.
Suprématie du — au regard de l'Exécutif : 183 et s., 191-192, 195 et s., 200, 202, 220-221.
Causes de la suprématie du — : 110-111, 116, 127, 195 et s., 202.

POUVOIR EXÉCUTIF.

Définition du — : 29 et s., 33, 35, 57-58, 93-94, 152-153.
Base constitutionnelle du — : 44, 98, 99.

POUVOIR JUDICIAIRE : 20, 42, 50-51, 121 et s.

POUVOIR LÉGISLATIF.

Généralités : 1 et s.
Nature et étendue du — : 38, 41 et s., 50, 67-68, 74-75, 86-87, 100-101, 144-145, 149.
Le — n'est pas susceptible de délégation : 74 et s.
— signe distinctif de l'État et de sa puissance : 75.

POUVOIR RÉGLEMENTAIRE.

Généralités : 2, 7 et s.
Distinction du — et du pouvoir législatif : 39 et s., 60 et s., 74-75, 77 et s., 85, 96 et s.
Fondement du — : 60 et s., 70-71, 85.
— des collectivités territoriales non autonomes : 74-75.

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE.

Élection du — : 192-193.
Valeur des attributions et prérogatives du — : 179-180, 184 et s., 198.
Irrévocabilité du — : 186.
Irresponsabilité du — : 187.

PROMULGATION DES LOIS.

Objet et effets de la — : 2, 146 et s., 184.
Formules de la — : 141-142, 147, 159.
Absence de commandement dans la — : 145 et s., 149, 172.

RÉGIME PARLEMENTAIRE.

Théorie dualiste du — : 177 et s., 184 et s., 190 et s., 198, 200 et s., 213.
— en Angleterre : 189-190.
— en France : sous les Chartes : 177-178, 190.
— — depuis 1875 : 180 et s., 189 et s., 195 et s.
Combinaison du — avec la démocratie : 202 et s.

RÈGLE DE DROIT : 6 et s., 56 et s., 60 et s., 64 et s.

RÈGLE GÉNÉRALE : 4 et s., 57 et s.

RÈGLEMENTS.

Vérification de la légalité des — : 78, 91, 94.

RÈGLEMENTS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE : 69 et s., 73, 79, 81.

RÈGLEMENTS PRÉSIDENTIELS.

— relatifs aux services publics : 60-61.
— touchant au droit des particuliers : 61-62.
— modifiant une loi : 99-100.

REPRÉSENTANT.

Distinction du — et du fonctionnaire : 20 et s.

REPRÉSENTATION NATIONALE : 16 et s., 47-48, 67, 70, 76-77, 79, 84-85, 86-87, 110-111, 115, 131, 136, 148 et s., 175-176, 192-193, 197, 203, 215 et s.

ROUSSEAU.

Théorie de la loi de — : 5.

SÉPARATION DES POUVOIRS : 84, 146, 154-155, 177, 180, 199 et s.

SÉPARATION DU POUVOIR CONSTITUANT ET DU POUVOIR LÉGISLATIF.

Généralités : 100-101, 103-104, 134.
Fondement originaire de la — : 109 et s.
Insuffisance de la — à l'époque révolutionnaire : 110 et s.
Absence de réelle — dans la Constitution de 1875 : 113 et s., 118-119, 133-134.
Les deux formes possibles de — : 135 et s.

SESSIONS DES CHAMBRES : 185-186.

SOUVERAIN.

Distinction du — et des autorités : 20 et s., 26, 47, 77, 90-91, 109, 110-111, 118, 135, 155, 204 et s., 209 et s., 217 et s.

SOUVERAINETÉ NATIONALE.

Transformation de la — en souveraineté parlementaire : 20-21, 111, 136, 215-216.
Possibilités de limitation de la — : 125.

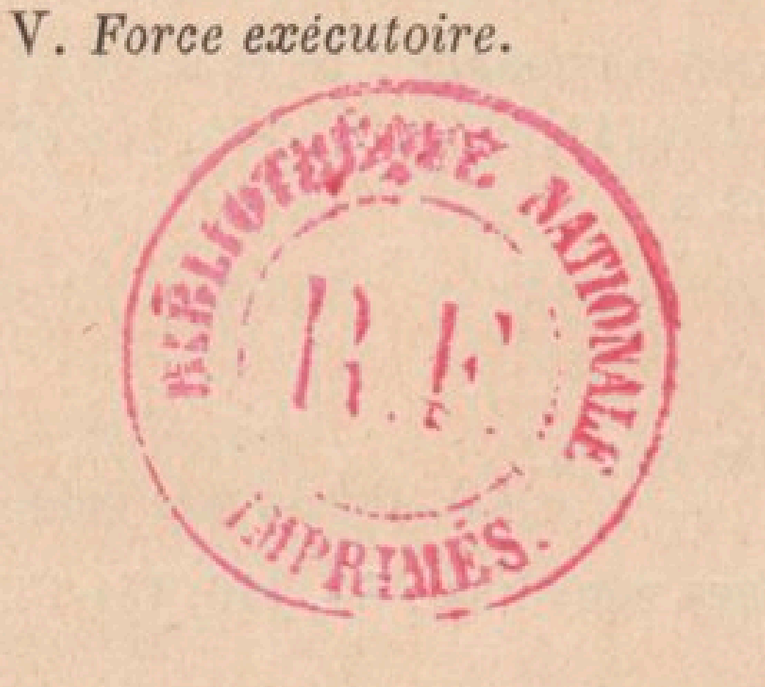
STUFENTHEORIE : 34-35, 46, 57, 59, 103, 152.

SYSTÈME DES DEUX CHAMBRES.

Maintien de l'unité de représentation dans le — : 175-176.

TRAITÉS.

Caractère contractuel et international des — : 160-161, 169-170.
— pour lesquels un vote des Chambres est nécessaire : 166 et s., 170-171, 185.
Portée et effets de l'habilitation donnée par une loi en vue de la ratification de — : 168 et s., 171-172.
Nature de la ratification des — : 168 et s.
Promulgation des — : 159 et s., 171-172.
Force exécutoire des — : V. *Force exécutoire.*



BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE. — 1931.

A LA MÊME LIBRAIRIE

ARCHIVES
DE
PHILOSOPHIE DU DROIT
ET DE
SOCIOLOGIE JURIDIQUE

PREMIER CAHIER
1931. Un volume in-8°..... *Sous presse.*
(*Il sera publié annuellement 3 ou 4 cahiers*)

LA PHILOSOPHIE
DE
L'ORDRE JURIDIQUE POSITIF
SPÉCIALEMENT
dans les rapports de droit privé
Par Jean DABIN
Professeur à la Faculté de droit
et à l'Ecole des Sciences politiques et sociales
de l'Université de Louvain
1929. Un volume in-8°, broché..... 65 francs.

LA THÉORIE DE L'INSTITUTION
Essai d'ontologie juridique
Le droit n'a pas seulement pour obje
la distinction du « mien » et du « tien »
mais le discernement du « nôtre ».
Par Georges RE ARD
Professeur de droit public à l'Université de Nancy
Premier volume : *Partie juridique*
1930. Un volume in-8°, broché..... 54 francs.

DE L'EXISTENCE DE LA PROPRIÉTÉ
IDEES PERSONNELLES
OPINIONS DIVERSES
Par Tancrède ROTHE
1930. Un volume in-8°, broché..... 22 francs.

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE. — 1931.

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 01822064 2